فقه الصادق

تأليف

فقيه العصر سماحة آية الله العظمى المرجع المجاهد

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

١٦

بسم الله الرحمن الرحیم

فقه الصادق عليه السلام

كاتب:

محمد صادق روحانى

نشرت فى الطباعة:

دارالكتاب

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، المجلد ۱۶

اشارهٔ

سرشناسه : روحانی، سیدمحمدصادق، ۱۳۰۳ –

عنوان و نام پدیدآور : فقه الصادق/ تالیف محمدصادق الحسینی الروحانی.

مشخصات نشر : قم: دار الکتاب، ۱۴ق = ۱۳ –

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : ۲۰۰۰ ریال (ج.۲، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۳، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۴، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۵، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۶، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۷، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۸، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۹، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۱۰، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۱۱، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (۱۴، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۱۵، چاپ سوم) ؛ ۲۰۰۰ ریال (ج.۱۹، چاپ سوم)

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرستنویسی براساس جلد شانزدهم، ۱۴۱۳ق = ۱۳۷۱.

یادداشت : این کتاب شرحی بر تبصره المتعلمین فی احکام الدین علامه حلی است.

یادداشت : ج.۱ – ۱۰ و ۱۵ (چاپ سوم: ۱۴۱۲ق = ۱۳۷۰).

یادداشت : ج.۱۱، ۱۴ (چاپ سوم: ۱۴۱۳ق = ۱۳۷۱).

یادداشت : ج.۱۹ (چاپ سوم: ۱۴۱۴ق. = ۱۳۷۲).

یادداشت : کتابنامه.

عنوان دیگر : تبصرهالمتعلمین فی احکامالدین.

موضوع : علامه حلی، حسن‌بن یوسف، ۷۲۶ – ۶۴۸ق. تبصره المتعلمین فی احکام الدین -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : علامه حلی، حسن‌بن یوسف، ۷۲۶ – ۶۴۸ق. تبصره المتعلمین فی احکام الدین. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۸۲/۳/ع۸ت۲۰۲۱۴ ۱۳۰۰ی

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م۷۳-۲۴

المقدمه

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

الحمـد للّه علی مـا أولانا من التفقه فی الـدین و الهدایـهٔ الی الحق، و أفضل صـلواته علی رسوله صاحب الشـریعهٔ الخالـدهٔ، و علی آله العلماء باللّه الأمناء علی حلاله و حرامه.

و بعـد: فهـذا هو الجزء السادس عشـر من کتابنا (فقه الصادق) و قـد وفقنا لطبعه، و المرجو من اللّه تعالی التوفیق لنشـر بقیهٔ الأجزاء فانه ولی التوفیق.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹

[تتمة کتاب المتاجر]

[تتمة الفصل الثالث فی عقد البیع]

[تتمة المقصد الرابع فی شرائط المتعاقدین]

[تتمة شرط صدور الإیجاب من المالک للمبیع و القبول من المالک للثمن]

[تتمة بیع الفضولی]

اشارة

[...]

القول فی الإجازة

اشارة

اما الکلام فی الإجازة فیقع تارة: فی حکمها و شروطها، و اخری: فی المجیز، و ثالثة: فی المجاز.

[حکم الإجازة]

اشارة

اما حکمها: فالمنسوب الی المشهور هو: القول بالکشف، بل قیل: انه لم ینقل القول بالنقل عن احد الی زمان المحقق آقا جمال قده، و اما المتأخرون عنه فالمشهور بینهم هو النقل، و عن جماعة: التوقف فی المسألة.

ثمّ ان الکشف یتصور له معان:

أحدها: الکشف الحقیقی الصرف، و هو الظاهر من جامع المقاصد و الجواهر.

ثانیها: الکشف عن امر مقارن للعقد، و هو اما الرضا التقدیری کما عن المحقق الرشتی ره، أو تعقب العقد بالرضا فانه وصف مقارن للعقد کما عن جماعة من الاعلام، و اما امر مجهول عندنا بان یکون الشرط لتأثیر العقد امرا واقعیا مقارنا له لا نعرفه الا انّه یکون ذلک الأمر ملازما للإجازة الاستقبالیة.

ثالثها: الکشف عن الاثر لکون الإجازة من قبیل الشرط المتأخر، و هو الظاهر من کل من یقول بالشرط المتأخر، و نسب ذلک الی المشهور.

رابعها: الکشف الانقلابی بان تکون الإجازة المتأخرة موجبة لحدوث التأثیر فی العقد و جاعلة ایاه سببا تامّاً و هو الذی احتمله الشیخ ره فی آخر کلامه.

خامسها: الکشف الحکمی بمعنی ترتیب آثار الملکیة من قبل لا حصول نفس الملکیة، و هی المنسوب الی المحقق شریف العلماء أستاذ الشیخ ره.

سادسـها: الکشف بان تکون الإجازة بوجودها الـدهری المجتمع مع شـروطها فی وعاء الـدهر، إذ الطولیات الزمانیة عرضـیات فی عالم الدهر شرطا.

و فی المقام قول آخر اختاره المحقق الإیروانی ره و الأسـتاذ الأعظم و نسب الی المحقق الخراسانی، و هو النقل فی الملکیة و الکشف فی المملوک، بان یکون اعتبار الملکیة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۰

]...[

بعد الإجازة، و المعتبر قبلها، و ستعرف توضیحه. هذه هی الأقوال فی المسألة.

و أما الادلة: فقد استدلوا للکشف بوجوه، و کل واحد منها استدل به للقول بنحو من الکشف.

الأـول: ما عن فخر الـدین فی الإیضاح، و هو: انه إذا لم تکن الإجازة کاشـفة لزم تأثیر المعـدوم فی الموجود، إذ العقـد حالها عـدم؛ و حیث ان هـذا الوجه بظاهره بیّن الفساد من جهـة ان القائل بالنقل یری ان العقد جزء العلة لا تمامها، و معلوم ان بعض اجزاء العلة کثیراً ما تقـدم علی المعلول زمانا کما فی التـدریجیات- ای الأجزاء المتدرجة فی الوجود- فقد تصدی المحقق النائینی ره لتوجیهه و وجهه: بان مراده ان المنشأ لا یتخلف عن الإنشاء، و اسم المصدر لا یعقل انفکاکه عن المصدر.

و لکن یرد علیه: ان المنشأ هو الملکیة فی اعتبار المتبایعین، و الذی یکون محل الکلام هو الملکیة فی اعتبار الشارع الأقدس.

الوجه الثـانی: مـا عن جـامع المقاصـد، و هو: ان العقـد سـبب تـام، إذ المـأخوذ موضوعـا لوجوب وفاء هو العقـد، قال اللّه تعالی: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱» و لا یکون شـیء آخر دخیلا فیه و الا لأخـذ فی الموضوع، غایـة الأمر خرج عن هـذا العموم العقد الصادر من غیر المالک إذا لم یجزه المالـک، فالعقـد الـذی اجـازه المالـک یکون باقیا تحت العموم فلا مناص عن الالتزام بتأثیره خاصـة من دون توقف علی شیء آخر.

نعم الکاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم یجز حیث یمکن عـدم الإجازة فیحتمل عـدم تحقق الموضوع. هـذا هو مدرک المعنی الأول من الکشف.

و فیه: أولاـ مـا تقـدم من ان خطـاب أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ متوجه الی المـالکین، و مفاده وجوب وفاء کل مالک بعقـده، و العقـد الصادر من الفضولی انما یکون عقدا

---

(۱) المائدة آیة ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱

]...[

للمالک بالإجازة، فالموضوع یتحقق من حین الإجازة.

و ثانیا: انه قد دل الدلیل من الإجماع و النص علی اعتبار رضا المالک و دخله فی ترتب الأثر، و هو یقید العموم فتأمل.

الثالث: ما عن المحقق الرشتی ره، و هو ان الشـرط لتأثیر العقد هو الرضا التقدیری من المالک، و الإجازة تکشف عنه ککاشـفیة شاهد الحال. هذا هو مدرک الوجه الأول من المعنی الثانی له.

و فیه: أولا: ان الرضا التقدیری لا یکفی فی تأثیر العقد لعدم انتسابه إلیه بذلک.

و ثانیا: ان الإجازة لا تکشف عن ذلک، کیف و الحالات الموجبـة لاختلاف المالک من حیث الرضا و الکراهـة مختلفة، فیمکن ان لا

یکون حین العقد راضیا، و یصیر کذلک بعده.

الرابع: ما عن صاحب الفصول و اخیه المحقق، و هو: انه حیث لا یمکن ان تکون الإجازة المتأخرة شرطا لامتناع تأخر الشرط الذی هو من اجزاء العلة التامة التی یمتنع تأخرها عن المعلول، فلا مناص عن الالتزام بان الشرط الوصف الانتزاعی منه کالتعقب. هذا هو مدرک الوجه الثانی من المعنی الثانی.

و فیه: أولا: ان لازم الوجه المذکور لو تم لیس هو البناء علی کون الشرط هو الوصف الانتزاعی، بل تحقق المعلول بعد الإجازة کما هو ظاهر الأدلة.

و ثانیا: انه لا یکون العقد بذاته منشئاً لانتزاع هذا الوصف، بل المنشأ هو الإجازة، و الأمر الانتزاعی لا یتحقق قبل تحقق منشأ انتزاعه، و ان أبیت عن ذلک و قلت بان عنوان التعقب کعنوانی السابق و الملحوق ینتزع من نفس العقد- کما انهما ینتزعان منه- لکن لا کلام فی ان هذا العنوان مع عنوان لأحقیة الإجازة متضائفان، و المتضائفان متکافئان فی القوة و الفعلیة، فمع عدم فعلیة الثانی لعدم تحقق منشئه لا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲

[...]

یصیر الأول فعلیا.

و أما الوجه الثالث من المعنی الثانی: فلم ار ما استدل به علیه، و یرده: انه خلاف ظاهر الادلة و رجم بالغیب، مع ان ذلک الأمر حیث انه لیس من الأمور المتأصلة- إذ الصادر من الفضولی لیس الا العقد، فلا مناص عن الالتزام بکونه امرا انتزاعیا، و علیه فان کان منشؤه نفس العقد لزم ترتیب آثاره و لو لم تتحقق الإجازة،

و ان کان المنشأ هو الإجازة عاد المحذور المتقدم فی سابقه.

الخامس: ما استدل به علی الکشف الانقلابی، و هو: کون الإجازة من المالک محدثة للتأثیر فی العقد و جاعلة ایاه سببا تاما.

و حاصله: انه فرق بین الإجازة و غیرها من الشروط کالقبض، فان الإجازة انما تکون إنفاذاً للعقد السابق، فهی لیست دخیلة فی حصول الملکیة، بل متممة للعقد الذی هو السبب للملکیة نظیر إنفاذ الحاکم حکم مجتهد آخر، فالعقد الی حین الإجازة لم یکن سببا و بها انقلب و صار سببا تاما، و لازمه تأثیره فی الملک بعد ما لم یکن بنحو الانقلاب.

و فیه: أولا: انه لا یعقل انقلاب الشیء عما وقع علیه.

و ثانیا: ان الإجازة بهذا المعنی لم یدل دلیل علی نفوذها شرعا، إذ اعتبار الإجازة فی سببیة العقد، اما ان یکون لأجل اعتبار إسناد العقد الی المالک، أو یکون لأجل اعتبار رضا المالک فی نقل ماله عن ملکه، و علی الأول: لا یستند العقد إلی المالک الی حین الإجازة لا انها توجب استناد ما وقع من أول وقوعه إلیه، بل من حین الإجازة کما تقدم، فمن حین الإجازة یتم السبب للملکیة فکیف یحکم بحصول الملک قبل تمامیة السبب، و کذلک الامر علی الثانی: إذ الرضا انما یوجد حین الإجازة لا قبلها، فلا حلّیة للتصرف قبلها و لا ملک.

السادس: ما استدل به علی الکشف الحکمی، و هو وجهان: أحدهما: ما استدل

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳

[...]

به علی الانقلاب بضمیمة انه حیث لا یعقل الانقلاب فبدلالة الاقتضاء یبنی علی ارادة معاملة العقد الملحوق بالإجازة معاملة العقد

الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشترى و ان كان اصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه.

و يرد عليه ما تقدم.

ثانيهما: ان الكشف الحكمى سار فى اغلب أبواب الفقه كباب الخمس و الزكاة و نحوهما.

و حاصله: ان كل ما يكون موضوعاً لحكم بواسطة الأمر المتأخر- بحيث كان الامر السابق بمنزلة المادة، و ذلك لأمر بمنزلة الصورة- فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أول تحققه، لأنه ينكشف تحقق الموضوع من أول الامر، مثلا عنوان فاضل المئونة موضوع لوجوب الخمس، و ذاته يتحقق أول زمان ظهور الربح، و لكن اتصافه بهذا العنوان انما يكون بعد انقضاء السنة، فبعد انقضاء السنة ينكشف تعلق الخمس من أول السنة. و فى المقام العقد انما يكون موضوعا لوجوب الوفاء بواسطة الإجازة المتأخرة، فلا بد من البناء على ترتيب الآثار مهما أمكن.

و فيه: انه إذا كان الامر المتأخر بمنزلة الصورة فلا بد من الالتزام بالنقل، إذ حقيقة الشيء انما تكون بصورته.

و أما كون الإجازة شرطا بوجودها الدهرى، فهو مندفع بان شرط الزمانى لا بد و ان يكون زمانيا، فلم يبق من معانى الكشف الا المعنى الثالث، و هو الكشف عن الأثر.

فقد استدل له: بان الإجازة متعلقة بالعقد، و هى رضا بمضمونه، و ليس الا النقل من حينه، و هذا الوجه قد استدل به للقول الأخير الذى هو برزخ بين النقل و الكشف

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۴

[...]

و تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى موارد:

الأول: فى إمكان كل من القولين.

الثانى: فى تمامية هذا الوجه.

الثالث: فى انه على فرض التمامية، هل يثبت به الأول، أو الثانى.؟.

اما الأول: فغاية ما قيل فى وجه امتناع الأول: انه مستلزم للقول بالشرط المتأخر، و الشرط لا يتأخر، و الا لزم تأثير المعدوم فى الموجود أو عدم التأثير، و الأول محال، و الثانى خلف و الجواب عن ذلك فى الأصول، و قد أشبعنا الكلام فيه فى حاشيتنا على الكفاية.

و اجماله: ان الشرط بنفسه ليس دخيلاـ فى المصلحة و الحكم، بل التقيد به دخيل فيهما، و هو بوجوده الخارجى طرف لما يكون دخيلا فى الموضوع و هو التقيد به، و التقيد عبارة عن اضافة خاصة حاصلة للشيء إذا لوحظ مع غيره، و تلك الإضافة تحصل إذا لوحظ مع المتأخر، كما تحصل إذا لوحظ مع المقارن، و على التقديرين هو مقارن له، مثلا فى العرفيات الحمّامى انما يرضى بالتصرف فى الحمام و صرف الماء لن يعطى الفلوس فيما بعد خروجه، فمن علم من حاله انه يعطيه بعد الخروج- بما انه بالفعل مقيد بهذا و يتصف به- يجوز له التصرف فيه.

و بالجملة: حصول امر اعتبارى إضافى من جهة تحقق المتأخر فى ظرفه واضح، و دخل العناوين الاعتبارية الإضافية فى المصالح و الأحكام فى غاية الوضوح، فلا محذور فى الشرط المتأخر أصلا.

و أما القول الثانى: و هو كون اعتبار الملكية بعد الإجازة و المعتبر سابقا. توضيحه: ان اعتبار الملكية و حصول الملكية كما يمكن اجتماعهما بحسب الزمان، كذلك يمكن افتراقهما بان يكون الاعتبار فعلاـ و المعتبر فى زمان لاحق، أو فى زمان سابق، إذ الاعتبار خفيف المئونة و يكون نظير التصور و اللحاظ، و يصح تعلقه بأمر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۵

[...]

متأخر أو متقدم إذا کان هناک مصحح له و لم یترتب علیه محذور، و لذا بنینا علی صحة اعتبار ملک المعدوم و الملک للمعدوم، و لا یتوقف الاعتبار الّا علی اثر مصحح له، ففی المقام تعتبر الملکیة بعد تحقق الإجازة، لکن المملوک شیء سابق علیها واقع بعد العقد، فتکون ملکیة العین و منافعها قبل الإجازة لمن انتقلت عنه و بعد الإجازة لمن انتقلت إلیه.

فقد قیل فی وجه عدم إمکانه امور:

الأول: انه یلزم کون المال ملکا لمالکین فی زمان واحد، و هذا غیر معقول.

و فیه: انه حیث یکون زمان الاعتبار متعدداً فلا محذور فی اجتماع ملکیتین فی زمان واحد.

و ان شئت قلت: ان الاعتبار خفیف المئونة، فیمکن اعتبار شیء واحد لشخصین مع تعدد زمان الاعتبار.

الثانی انه بناءً علی مسلک العدلیة من تبعیة الاحکام للمصالح و المفاسد، اعتبار کون العین لمن انتقلت عنه الی حین الإجازة لا محالة یکون لمصلحة داعیة الی ذلک، و معه کیف یمکن اعتبار ملکیتها لمن انتقلت إلیه فی ذلک الزمان بعد کون المصلحة من الأمور الواقعیة.

و فیه: ان الاحکام الوضعیة تابعة لمصالح فی الاعتبارات لا فی المعتبر، فلا یلزم الاجتماع.

الثالث: انه یلزم التعارض بین الآثار، مثلا- إذا کان للعین منافع و استوفاها الغیر مقتضی الاعتبار الأول کون عوضها لمن انتقلت عنه فیکون ضامنا له، و مقتضی الاعتبار الثانی کونه لمن انتقلت إلیه و کونه ضامناً له، و هکذا.

و فیه: ان الإثار غیر الباقیة لا کلام فیها، و الباقیة مترتبة علی الاعتبار الثانی و هو المیزان، و فی المثال یحکم بکونه ضامنا للثانی.

فتحصل: ان الأظهر معقولیتهما معاً.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۶

[...]

و اما المورد الثانی: فمحصل الدلیل المشار إلیه: ان العاقد الفضولی کغیره من العاقدین یقصد النقل من زمان العقد و ینشأ ذلک، و الإجازة من المالک تتعلق بتمام ما أنشأه الفضولی لا بعضه، و دلیل صحة بیع الفضولی انما یدل علی صحة عقد الفضولی الذی اجازه المالک و وقوعه، فتکون النتیجة هو الکشف.

و اورد علیه الشیخ ره بایرادات:

الأول: ان مضمون العقد لیس هو النقل من حینه، بل اصل النقل، و انما یحکم بوقوعه من ذلک الحین فیما إذا کان العاقد هو المالک من جهة وقوع الإنشاء الذی هو العلة فی ذلک الحین، و المعلول لا یتخلف عن علته.

و بعبارة اخری: مضمون العقد هو النقل غیر المقید بالزمان، و انما الزمان ظرف له لا قید، و استشهد لذلک بأمرین: أحدهما: ان القبول حاله حال الإجازة فی کونه رضا بمضمون الإیجاب، مع انه لم یقل احد بالکشف فیه.

ثانیهما: ان الفسخ للعقد انما یکون نظیر الإجازة متعلقا بمضمون العقد، فلو کان زمان وقوع العقد مأخوذا فی العقد علی وجه القیدیة لکان فسخه موجبا للحکم بعدم ترتب الآثار من حین العقد، مع انه لم یقل به احد.

و لکن یرد علیه قده: ان العاقد الملتفت بحسب الطبع إذا لم ینشأ النقل فی زمان متأخر لا محالة یکون قاصداً الی النقل من حین العقد، و انما لا یذکره فی الإنشاء اعتماداً علی ما یقتضیه إطلاق العقد، کیف و لو کان قاصداً لمجرد النقل المهمل من حیث الزمان لم یکن

لـوجه لوقوعه من حین العقـد، و مجرد وقوع الإنشـاء فی زمـان لاـ یکفی فی وقوع المنشـأ من ذلـک الحین، فـان الإنشـاء سـبب لوقوع مضـمونه، و المفروض انه النقل علی سبیل الإهمال لا من حینه، فیتوقف وقوعه من حینه علی مرجح یقتضیه، مع انه یفرض الکلام فیما إذا أنشأ النقل من حین العقد.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۷

[...]

و امـا ما ذکره من الشاهـدین فیرد علی الأول منهما: انه ان قلنا بأن القبول إنشاء للتملک فالفرق بینه و بین الإجازة واضـح، و ان قلنا انه رضا بمضمون الإیجاب فلا محذور فی الالتزام بحصول النقل من حین الإیجاب، الا انه بناءً علی اعتبار الموالات بین الإیجاب و القبول قلیل الفائدة، ای لا فرق بین وقوعه من حین الإیجاب أو من حین القبول غالبا.

و أما الشاهد الثانی فیرد علیه: ان الفسخ هو حل العقد بقاءً لا من حین تحقق العقد.

قال الشیخ ره فی ذیل هذا، و الحاصل انه لا إشکال فی حصول الإجازة بقول المالک ... إلخ.

أقول: هذا لیس حاصـلا لما تقدم بل هو جواب آخر، و محصله: انه لو سلّم کون إنشاء الفضولی متعلقا بالنقل من حینه، إلا ان الإجازة لیست متعرضة لإنشاء الفضولی و انما هی عبارة عن الرضا بالنقل و المبادلة، فتکون مؤثرة فی النقل من حینها.

و فیه: ان الرضـا بالمبادلـة مـا لم یکن رضـا بمـا أنشـأه الفضولی لاـ یکون کافیا، و انما یبنی علی کفایـة الکاشف عن الرضا، من قبیل: رضیت بکون مالی لزید بإزاء ماله، من جهة کونه رضا بما أنشأه الفضول بالالتزام، و الا لم یکن کافیا.

الإیراد الثانی: انه لو سـلم کون العقد إنشاءً للنقل من حینه، و الإجازة متعلقة بهذا، الا انه دلیل علی صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فان خطابات الإمضاء من قبل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱» و أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ «۲» انما تتوجه الی العاقدین، و المالک

---

(۱) المائدة آیة ۲.

(۲) البقرة آیة ۲۷۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۸

[...]

انما یصیر عاقـداً من حین الإجازة، فتلک الخطابات تتوجه إلیه من حین الإجازة، فالأحکام التکلیفیة انما تکون ثابتة من حینها، و قبلها لا یجب الوفاء بالعقـد و لا یحل التصـرف له، و الملکیـة انما تکون منتزعـة منها فکیف یمکن الحکم بتحققها من قبل الإجازة، و الامر الانتزاعی لا یتقدم علی منشأ انتزاعه.

و فیه: ان هذا الوجه یصـلح رداً للکشف عن الاثر، و لا یصلح جوابا عمن یلتزم بکون اعتبار الملکیة انما یکون من حین الإجازة، الا ان المعتبر هو امر من حین العقد، الّا علی مسـلکه قده من انتزاعیة الاحکام الوضعیة عن الاحکام التکلیفیة، و اما بناءً علی کونها مجعولات بالاسـتقلال- کمـا حققنـاه فی محله- فلاـ یتم هـذا الجواب، فان الحکم التکلیفی و ان کان من حین الإجازة، الا انه لا مانع من الالتزام بثبوت الحکم الوضعی بالنحو المتقدم من حین العقد. فتدبر.

الإـیراد الثـالث: انه لو سـلم جمیع الأـمور المشار إلیها- من کون العقـد إنشاءً للنقل من حینه- و من أن الإجازة إنفاذ لـذلـک- و الادلة تـدل علی صـحة هـذا العقـد المجاز الا انه لعـدم معقولیة ذلک فانه یسـتلزم انقلاب العقد عما وقع علیه من عدم التأثیر الی التأثیر و هو محال- فلا بد من صرف الدلیل عن ظاهره و حمله علی الکشف الحکمی.

و فيه: ان انقلاب العقد عن كونه غير مؤثر الى صيرورته مؤثراً امر لأبد منه حتى على القول بالنقل، فان ذلك من لوازم دخل الإجازة فى تأثيره، و انما الخلاف فى ان اثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الإجازة- كما يقول به القائل بالنقل- أو من حين العقد على نحو كون الاعتبار لاحقا، و المعتبر سابقا.

فتحصل ممّا ذكرناه: تمامية هذا الوجه.

و بما ذكرناه ظهر الكلام فى المورد الثالث، و انه انما يدل على الكشف بالمعنى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۹

]...[

الذى اختاره المحقق الخراسانى و تبعه جمع من الأساطين، و خلاصة الكلام، ان ادلة الإمضاء انما تدل على إمضاء العقد المجاز بما له من المدلول، و هو ما ذكرناه. هذا كله فيما تقتضيه القواعد.

و أما الاخبار الخاصة: فيدل على الكشف صحيح محمد بن قيس «۱» المتقدم من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد فى صورة الإجازة، مع انه على القول بالنقل كان اللازم الحكم بالضمان، و الشيخ ره قال: لكن لا ظهور له فى الكشف الحقيقى فيحتمل الكشف الحكمى، و لكن يمكن ان يقال: انه بضميمة قاعدة من أتلف ظاهر فى الكشف الحقيقى، فانه لو كانت الوليدة الى حين الإجازة باقية على ملك مالكها كان الحكم بالضمان منافيا لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذى ذكره لاستفادة الكشف من خبر أبى عبيدة يستفاد الكشف الحقيقى من هذا الصحيح، و حيث عرفت ان المعقول من الكشف هو الكشف فى المعتبر، و الصحيح قابل للحمل عليه، فيحمل عليه.

و يشهد له ايضا خبر ابى عبيدة «۲» الوارد فى تزويج الصغيرين فضولا- الآمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الإدراك، فقد أفاد الشيخ ره فى وجه دلالته على الكشف، ان مال الميت لو كان قبل الإجازة باقيا على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم «۳»، فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف.

و اورد عليه السيد و تبعه المحقق الإيروانى ره: بانه لا محيص عن مخالفة احدى

---

(۱) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب ميراث الأزواج حديث ۱.

(۳) البحار ج ۲- ص ۲ ۲۷ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۰

]...[

القاعدتين، اما قاعدة السلطنة ان قلنا بالنقل، أو عموم دليل الاستصحاب «۱» ان قلنا بالكشف، فترجيح احدى القاعدتين على الأخرى بلا مرجح.

و فيه: ان مخالفة عموم دليل الاستصحاب لا- محيص عنها على القولين، إذ لو قلنا بالنقل و انها ترث بعد الإجازة كان العزل منافيا لأصالة عدم الإجازة.

و يمكن ان يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف، و هو: انه لو قلنا بالنقل فإن بنينا على انتقال المال كلا الى الوراثة و ان الزوجة تتلقى نصيبها من سائر الورثة لزم مخالفة قاعدة الإرث المقتضية لتلقى النصيب من الميت، و ان بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت

لزم مخالفة قاعدة ما ترکه المیت فلوارثه «۲» و هذا بخلاف ما لو بنینا علی الکشف کما هو واضح.

فتحصل: ان القول بالکشف فی المعتبر هو الذی تقتضیه القواعد و الادلة، الخاصة، فعلیه الفتوی.

الثمرة علی القول بالکشف و النقل

بقی الکلام فی بیان الثمرة بین الکشف باحتمالاته و النقل.

و تنقیح القول فی المقام بالبحث فی مقامات:

الأول: فی تصرف کل منهما فی ما انتقل إلیه.

الثانی: فی تصرف کل منهما فیما انتقل عنه.

---

(۱) الوسائل- باب ۱- من أبواب نواقض الوضوء- و باب ۴۱- من أبواب النجاسات و باب ۱۰ من أبواب الخلل الواقع فی الصلاة حدیث ۳.

(۲) اصول الکافی ج ۱ ص ۴۰۶.

[...]

الثالث: فی سائر الآثار من النماء و غیره.

اما المقام الأول: فالکلام فیه یقع فی موارد: (۱) فی الحکم التکلیفی (۲) فی الحکم الوضعی (۳)، فی الإثار الأخر المترتبة علی الملک.

و لیعلم ان الکلام فی المقام یقع فی تصرف الأصیل، و اما تصرف المالک الذی وقع العقد علی ماله فضولا فسیأتی الکلام فیه ان شاء اللّه تعالی.

اما المورد الأول: فعلی القول بالکشف الحقیقی باحتمالاته- من شرطیة التعقب، أو شرطیة اللحاظ، أو شرطیة الإجازة نفسها بنحو الشرط المتأخر، أو الکشف المحض- یجوز التصرف ان أجاز المالک لفرض وقوعه فی ملکه.

و ما افاده الشیخ الأعظم ره من الفرق فی جواز التصرف بین کون نفس الإجازة شرطا و کون الشرط تعقب العقد بها و الحکم بجواز التصرف علی الثانی دون الأول، ان أراد شرطیتها علی سبیل الانقلاب فهو حق کما ستعرف، الا انه لا یلائم مع ما افاده بعد سطرین من جواز الوطء واقعا علی الکشف الحقیقی مطلقا کما لا یخفی.

و ان أراد شرطیتها علی نحو الشرط المتأخر فهو غیر صحیح، إذ جواز التصرف من آثار الملک، و المفروض حصوله من حین العقد علی هذا المسلک ایضا، و علی القول بالنقل، و الکشف الانقلابی، و الکشف الذی اخترناه، و الکشف الحکمی لا یجوز لفرض عدم حصول الملک قبل الإجازة، و تحقق الملک بعد الإجازة و لو من حین العقد بنحو الانقلاب أو النحو المعقول لا- یوجب انقلاب التصرف الذی وقع غیر جائز عن ما وقع علیه هذا فی الحکم الواقعی، و اما فی الظاهر فان علم بالإجازة جاز التصرف ظاهرا- علی فرض جوازه واقعا- و ان لم یعلم به لم یجز لأصالة عدم تحقق الإجازة بناءً علی ما هو الحق من جریان الاستصحاب فی الأمور الاستقبالیة.

[...]

و أما المورد الثانی: فعلی القول بالکشف بالنحو الذی اخترناه، فبیعه یکون من قبیل من باع شیئا ثمّ ملک، و کذلک ما شابهه، و اما الطلاق فلا ینبغی الإشکال فی فساده لعدم علقة الزوجیة حینه، و کذلک الکلام علی الکشف بمعنی الانقلاب. و اما علی الکشف الحکمی فلا بد من البناء علی نفوذ تصرفاته بعد الإجازة و ان وقعت غیر نافذة حین وقوعها، و اما علی سائر وجوه الکشف فلا ریب فی نفوذها، کما لا ریب فی عدم النفوذ علی القول بالنقل.

و أما المورد الثالث: فلو أولد المشتری الجاریة قبل اجازة مالکها، فعلی القول بالکشف الحقیقی بنحو الکشف المحض، أو الکشف عن مقارنة الشرط، أو الکشف عن الأثر، صارت ام ولد لوقوع الوطء فی ملکه، و علی القول بالنقل لا یتحقق الاستیلاد بلا کلام.

و أما علی الکشف الانقلابی، و الکشف الذی اخترناه فالأظهر عدم تحقق الاستیلاد، إذ الإجازة علی القولین توجب الملکیة حقیقة فی الزمان الذی لم یکن الملک موجودا، و هذا لا یوجب انقلاب الوطء- علیه فلا یتحقق الاستیلاد.

و أما علی الکشف الحکمی فالظاهر هو البناء علی تحقق الاستیلاد، فان الوطء و ان وقع فی ملک الغیر، الا انه حیث دل الدلیل علی ترتیب جمیع آثار الملک و من جملتها الآثار المترتبة علی وقوع الوطء فی الملک من عدم جواز بیع الام و حرمة الولد، فیجب ترتیبها، و علی هذا فلا وجه لاحتمال عدم تحقق الاستیلاد علی الکشف الحکمی کما فی المتن. و أوضح اشکالا من ذلک البناء علی تحقق الاستیلاد علی الکشف الحقیقی بوجوهه لما عرفت.

و أما المقام الثانی: و هو تصرف کل منهما فیما انتقل عنه، فالکلام فیه یقع فی موردین: الأول: فی تصرف المجیز.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳

[...]

الثانی: فی تصرف الأصیل.

و محل الکلام التصرف المخرج عن الملک.

اما المورد الأول: فمن حیث الحکم التکلیفی لا کلام فی الجواز علی جمیع الأقوال- و ستعرف وجهه- و اما من حیث الحکم الوضعی- فالأقوال فیه اربعة: الأول: النفوذ مطلقا، اختاره جمع منهم السید و المحقق النائینی ره.

الثانی: عدم النفوذ علی الکشف مطلقا، ذهب إلیه جمع منهم المحقق الإیروانی ره.

الثالث: النفوذ مع بقاء قابلیة العقد الفضولی لان یجاز فیجمع بینهما بان علی المجیز القیمة.

الرابع: ما فی المکاسب، و هو بطلان النقل علی الکشف الحقیقی، و صحته علی الکشف الحکمی مع البناء علی عدم قابلیته للإجازة إذا کان التصرف من قبیل إتلاف العین عقلا أو شرعا کالعتق، و بقاء القابلیة و الحکم بصحة الإجازة ان کان بنحو لا ینافیها کإتلاف النماء و نقله.

و قد أفاد فی وجه بطلان النقل علی الکشف الحقیقی: بانه بالإجازة ینکشف وقوع النقل فی ملک الغیر، و فی وجه صحته علی الکشف الحکمی و نفوذ الإجازة مع رجوع المشتری الی المجیز بالقیمة ان لم یکن التصرف بالاتلاف بانه مقتضی الجمع بین جعل العقد ماضیا من حین وقوعه، و صحة النقل الواقع قبل حکم الشارع بهذا الجعل، و فی وجه عدم صحة الإجازة علی الکشف الحکمی ان کان التصرف بالاتلاف بانه یفوت محل الإجازة.

أقول: فی کلامه قده مواقع للنظر: اما ما افاده أولا: فلان العقد الصادر من الفضولی لا یکون مؤثرا وحده فی لزوم التزام المالک بمفاده، فهو بعد فی سعة من ذلک،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۴

[...]

فلو نقله بعقد لازم شمله ادلة ذلك العقد و يجب الوفاء به، و بعده لا يبقى مورد للإجازة لخروجه عن ملكه، و تلك الإجازة الواقعة فى غير ملكه لا تصلح ان تؤثر فى نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه كى يصير نقلًا لمال الغير.

و بالجملة: الإجازة المؤثرة هى ما تكون صادرة ممن بيده زمام المال، فإذا فرض خروجه عن ملكه بعقد لازم قبلها فلا يبقى لها محل، و معه لما أثرت شيئاً.

و أما ما افاده ثانيا: فلانه إذا فرضنا صحة الإجازة كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك الأصيل من حين العقد و من جملتها فساد العقد الواقع عليه من المجيز قبل الإجازة، فالفرق حينئذ بين الكشف الحقيقى و الحكمى فى غير محله.

و أما ما افاده ثالثا: فلانه لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذى هو إتلاف للمال شرعا، و بين النقل و إخراجه عن ملكه، حيث حكم فى الأول بفوات محل الإجازة دون الثانى.

و بالجملة: فوات محل الإجازة انما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين الموردين، و خروجه عن المالية غير دخيل فى ذلك.

فتحصل: ان الأظهر هو نفوذ النقل مع فوات محل الإجازة، ثمّ عدم النفوذ على القول بالكشف الحقيقى و الحكمى.

و أما المورد الثانى: فالكلام فيه يقع من جهتين:

الاولى: فى ان العقد من قبله هل يكون لازما ام لا.؟.

الثانية: فى حكم تصرفاته على كل من القولين.

اما الجهة الأولى: ففيها اقوال:

الأول: اللزوم مطلقا.

الثانى: عدمه كذلك، ذهب إليه جمع من الأساطين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۵

[...]

الثالث: ما فى المكاسب- و هو اللزوم على القول بالكشف، و عدمه على القول بالنقل و ليعلم ان كلامه فى هذه المسألة مبتن على الكشف الانقلابى.

و ملخص ما افاده فى مقام الفرق بينهما: انه على القول بالنقل: الإجازة دخيلة شرطا أو شطراً فى تأثير العقد، و يكون الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيد بالإجازة، فقبل الإجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحققا لعدم تحقق شرطه و قيده.

و أما على القول بالكشف فالإجازة و ان كانت مؤثرة فى الملكية و تكون سببا لصيرورة العقد سببا تاما للملك بنفسه، الا ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضم شىء آخر إليه. و بعبارة اخرى: تكون الإجازة على هذا المسلك دخيلة فى حصول الملك، الا انه حيث تكون هى بعنوان الإمضاء و الإنفاذ فلا تكون دخيلة فى موضوعيته لوجوب الوفاء، و على هذا بنى التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك و وجوب الوفاء بالعقد- بمعنى لزومه عليه- و بهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد قده و تبعه غيره.

و لكن يرد عليه قده: ان الإجازة حتى على الانقلاب انما توجب انتساب العقد الى المالك، و قبلها لا يكون هناك التزام من المالك بل من الفضولى، و على ذلك فبما ان حقيقة العقد ربط احد الالتزامين بالآخر، و من المعلوم ان الأصيل انما يربط التزامه بالتزام المالك لا- الفضولى، فقبل الإجازة لا- يكون هناك عقد كى يجب الوفاء به على الأصيل، و بعبارة اخرى: ان الفضولى ان اشترى للمالك، فالبائع الأصيل يربط التزامه بالتزام المالك، فمع عدم الإجازة و عدم تحقق الالتزام منه لا يكون العقد متحققا، و ان اشترى

لنفسه فالبائع و ان ربط التزامه بالتزامه الا انه یربط بما انه مالک، ففی الحقیقة یربط التزامه بالتزام المالک، فما لم یلتزم المالک لا یکون العقد متحققا، و معه لا معنی لوجوب الوفاء به.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۶

[...]

مع انه لو تنزلنا عن ذلک و سلمنا صدق العقد علی التزام کل منهما و ان لم یکن مرتبطا بالآخر، الا ان التزام الأصیل بکون ماله لغیره لیس مطلقا بل یکون علی تقدیر خاص و هو التزام طرفه بکون ماله له، فالالتزام فعلی الا ان الملتزم به معلق، و علیه فإذا علم بعدم الإجازة أو شک فیها و اجری استصحاب العدم لا یجب علیه الوفاء بالتزامه.

فما نقله الشیخ ره من بعض معاصریه من التفصیل بین صورة العلم بالإجازة و غیرها هو الصحیح علی هذا المسلک، و لا یرد علیه ما افاده الشیخ ره، مضافا الی انه لو أغمض عن ذلک کله و سلم ما افاده لما کان وجه للفرق بین النقل و الکشف، إذ الإجازة علی النقل حینئذ دخیلة فی حصول الملک لا فی وجوب الوفاء کما لا یخفی.

و بما ذکرناه ظهر أن ما افاده المحقق النائینی ره من وجوب الوفاء مطلقا- من جهة ان وجوب الوفاء متفرغ علی العقد لا الملک، و المفروض فی باب الفضولی ان العقد تام و لو لم یکن مؤثرا، و لا ینافی وجوب الالتزام علی شخص عدم وجوبه علی الآخر، فان التزام أحدهما غیر منوط بالتزام الآخر، لأن مقتضی مقابلة الجمع بالجمع فی الآیة الشریفة التوزیع، فکل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه- غیر تام للإیرادین الأولین اللذین أوردناهما علی الشیخ ره.

فتحصل: ان الأظهر عدم لزوم العقد علی الأصیل فله فسخ العقد قبل الإجازة.

ثمّ ان المنسوب الی بعض الأعلام من تلامذة الشیخ ره الإیراد علیه: بان تمسکه بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱» فی المقام تمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة.

---

(۱) المائدة آیة ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۷

[...]

و یمکن توجیهه بانه لو سلم عموم العقد لالتزام الأصیل، لکن لا یجب الوفاء به لو فرضنا عدم الإجازة الی الأبد اجماعا، فهو خارج عن العموم، فلو شک فی الإجازة و عدمها یکون التمسک به تمسکا بالعام فی الشبهة المصداقیة، فلا یرد علیه ما افاده المحقق الأصفهانی کما یظهر لمن راجعه.

و أما الجهة الثانیة: فعلی القول باللزوم لا تکون تصرفاته المخرجة للمال عن ملکه نافذة، لأنه مقتضی لزوم العقد علیه، و اما التصرفات غیر المخرجة فحکمها حکم التصرفات المخرجة علی المختار، اما بناءً علی المختار من عدم اللزوم علیه. فعلی القول بالنقل و الکشف الانقلابی. و الکشف الذی اخترناه تکون تصرفاته بأجمعها جائزة تکلیفا و وضعا لکونها واقعة فی ملکه، و المفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد، و الإجازة المتأخرة حتی علی الکشف الصحیح لا توجب وقوعها فی غیر ملکه لورود الاعتبار علیها.

و هذا لا إشکال فیه، فلا یبقی محل للإجازة فی التصرفات المخرجة عن الملک.

و أما علی سایر وجوه الکشف، فجواز التصرف واقعا و عدمه یدوران مدار الإجازة و عدمها، إذ علی فرض الإجازة یکشف ذلک عن وقوعها فی ملک الغیر فلا یکون جائزا تکلیفا و وضعا، و علی فرض عدمها یجوز هذا فی الحکم الواقعی، و اما الظاهری فالجواز و

عدمه یدوران مدار العلم بالإجازة- و عدمه إذ علی الأول لا یجوز، و علی الثانی یجوز لأصالة عدمها.

و أما المقام الثالث: فمحل الکلام أمران:

الأول النماء.

الثانی: فسخ الأصیل.

اما الأول ففی المکاسب: فانه علی الکشف بقول مطلق لمن انتقلت إلیه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۸

[...]

العین، و علی النقل لمن انتقلت عنه.

و لکن: ما افاده یتم علی النقل، لأن النماء تجدد فی ملک من انتقلت عنه، و کذا یتم علی الکشف غیر الکشف الانقلابی و الکشف الذی بنینا علیه لتجدده فی ملک من انتقلت إلیه، و لا یتم علی هذین المسلکین لأن العین باقیة علی ملک فمن انتقلت عنه الی حین الإجازة، فالنماء تجدد فی ملکه، و الإجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب الملکیة أو اعتبار الملکیة السابقة، و هذا لا یوجب انقلاب وقوع النماء، لأن اعتبار الملکیة وارد علی وقوع النماء لان النماء وارد علیه.

و للشهید الثانی ره فی الروضة عبارة هی هذه: و تظهر الفائدة فی النماء، فان جعلناها کاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بین العقد و الإجازة الحاصل من البیع للمشتری و نماء الثمن المعین للبائع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالک المجیز.

و قد وجه مراده بعض: بان مفروض کلامه الفضولی من الطرفین، و مراده من المالک المجیز هو الجنس. و وجه آخر حکمه بکون النماءین للمالک المجیز: بان نماء ماله له لتجدده فی ملکه، و نماء المال الذی انتقل إلیه انما یکون له لأن صاحبه سلطه علیه. و الشیخ ره استحسن التوجیه الأول.

و أما الفسخ: فقد یقال: ان فسخ الأصیل قبل الإجازة مبطل له علی القول بالنقل دون الکشف.

و استدل له: بان الفسخ علی الأول یکون کفسخ الموجب قبل قبول القابل فی کونه ملغیا لإنشائه؛ و علی الثانی یکون فسخا بعد تمامیة العقد من ناحیته.

و اورد علیه بایرادین: أحدهما: ما نقله الشیخ ره عن بعض و تبعه جمع من المحشین، و هو انه لا دلیل علی جواز الرجوع عن الإنشاء قبل استکمال اجزاء ما هو مؤثر فی حصول النقل، و انما الدلیل و هو الإجماع مختص بالرجوع المتخلل بین اجزاء

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹

[...]

العقد التی هی الإیجاب و القبول.

و فیه: انه یمکن ان یستدل له بدلیل السلطنة «۱» بعد فرض کونه باقیا علی ملکه.

و دعوی انه تصرف فی العقد لا المال فلا یشمله دلیل السلطنة، مندفعة بان نتیجة عدم ثبوت هذا الحق له بما انها خروج المال عن ملکه مع عدم رضاه فهو ینافی السلطنة المطلقة الثابتة للمالک.

و بالجملة: مقتضی عموم دلیل السلطنة کما یکون جواز نقله عن ملکه، کذلک یکون جواز رفع الید عن التزامه ما دام لم یخرج عن ملکه.

و هذا البیان یجری علی القول بالکشف الانقلابی و الکشف المختار کما هو واضح، و لا یجری علی سائر وجوه الکشف.

ثانیهما: ان مقتضی عموم دلیل وجوب الوفاء بالعقود «٢» عدم جواز رفع الید عنه، قال الشیخ ره: و لا یخلو عن اشکال، و الظاهر ان منشأ اشکاله ما سیذکره بعد أسطر من عدم تمامیة موضوع وجوب الوفاء علی القول بالنقل قبل الإجازة.

فالحق انه علی القول بشمول ادلة لزوم العقد لإنشاء الأصیل لیس له فسخه و علی القول بعدم الشمول- کما اخترنا- فعلی القول بالنقل و الکشف الانقلابی و الکشف المختار یکون فسخه نافذا لعموم دلیل السلطنة، و علی سائر وجوه الکشف لا یکون کذلک لعدم الموضوع لدلیل السلطنة، و عدم الدلیل علی جواز الفسخ و مقتضی الاستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحدیث..

(٢) المائدة آیة ٢.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ٣٠

]...[

ثمرات ذکرها بعض متأخری المتأخرین

و قد ذکر بعض متأخری المتأخرین ثمرات أخر لا بأس بذکرها للتنبه بها و بما یمکن ان یقال علیها: منها: ما لو انسلخت قابلیة الملک عن احد المتعاملین بموته قبل اجازة الآخر و ما شاکل، فیصح حینئذ علی الکشف دون النقل، و کذا لو انسلخت قابلیة المنقول بتلف مثلا، و فی مقابله ما لو تجددت القابلیة قبل الإجازة-.

أقول: شرائط المعاملة علی اقسام:

الأول: شرائط معروضها المتعاملان کالحیاة و الإسلام فی بعض الموارد.

الثانی: شرائط معروضها العوضان، کالملکیة.

الثالث: شرائط العقد.

فالکلام یقع فی مواضع:

الأول فیما لو انسلخت قابلیة الملک عن احد المتبایعین أو تجددت بعد العقد قبل الإجازة.

الثانی: فیما لو انسلخت قابلیة المنقول بتلف و نحوه أو تجددت.

الثالث: فیما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الإجازة أو تجددت.

اما الموضع الأول: فالکلام فیه یقع فی موردین.

الأول: فی الانسلاخ، فقد یقال انه علی الکشف یصح العقد لعدم المانع و العمومات تشمله، و علی النقل لا یصح لامتناع ترتب الاثر.

و اعترض علیه بایرادین: الأول: ما افاده صاحب الجواهر من انه علی الکشف ایضا یمکن ان یقال بالبطلان نظرا الی اعتبار استمرار القابلیة، و لم یذکر هو فی وجه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ٣١

]...[

هذا الاعتبار شیئا و لذا رده الشیخ ره بعدم الدلیل علیه.

و قد ذکر السید فی وجهه: ان ادلة صحة عقد الفضولی قاصرة عن الشمول لهذه الصورة.

و لکن ما افاده یتم علی القول بکون صحة الفضولی علی خلاف القاعدة، و لا یتم علی القول بکونها علی القاعدة کما هو المختار، إذ الدلیل حینئذ هو العمومات.

الثانی: ما افاده المحقق النائینی ره، و هو انه علی النقل ایضا یصح، إذ المال ینتقل الی الوارث علی نحو کان للمورث، فسواء مات الأصیل أو من له الإجازة یبقی العقد علی حاله.

و فیه: انه بناءً علی النقل یکون المال لورثة الأصیل، و انتقاله منهم الی المالک المجیز یحتاج الی دلیل و بقاء التزام المورث الذی هو سبب النقل مما لم یدل علیه دلیل. و اما علی الکشف فالإجازة تکشف عن النقل فی حال حیاته و لا محذور فیه.

هذا فی الموت، و اما فی الکفر فثبوت الثمرة أوضح، فانه إذا فرضنا المبیع مصحفا و المشتری کان مسلما فکفر علی النقل، بما انه یلزم انتقال المصحف الی الکافر لا یصح، و علی الکشف یصیر مالکا له حین ما کان مسلما و لا محذور فیه.

المورد الثانی: فی تجدد القابلیة بعد العقد، و هذا ینحصر مورده بالکفر کما لو کان المشتری للمصحف حین العقد کافراً فاسلم و أجاز مالک المصحف بیعه، فعلی الکشف لا یصح لعدم قابلیته للمالکیة له فی ذلک الزمان، و علی النقل من جهة الاثر- ای الملکیة- لا مانع من صحة العقد، و سیأتی تمام الکلام فیه عند تعرض المصنف ره للمسألة بنحو الکلیة و هی انه هل یعتبر واجدیة العقد لجمیع شروط الصحة ام لا؟.

الموضع الثانی: فی ما لو انسلخت قابلیة المنقول أو تجددت، فالکلام فیه ایضا یقع فی موردین:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲

]...[

الأوّل: فی الانسلاخ، فقد یقال: انه علی الکشف یصح، و علی النقل لا یصح، إذ علی الکشف یکون الانتقال فی زمان قابل له، و علی النقل فی زمان لا یکون قابلا لذلک.

و اورد علیه صاحب الجواهر ره: بانه علی الکشف ایضا یعتبر رضا المالک، و الفرض انتفاء مالکیته بانتفاء قابلیة العین لها.

و أجاب عنه الشیخ ره بأجوبة: الأوّل: انه لا وجه لاستمرار التملک المکشوف عنه بالإجازة الی حینها، کما لو وقعت بیوع متعددة علی ماله، فانهم صرحوا بان اجازة الأوّل توجب صحة الجمیع مع عدم بقاء مالکیة الأول مستمرا.

و فیه: ان صاحب الجواهر یمکن له ان یدعی بالفرق بین المقام و المثال، إذ فی المثال عدم بقاء التملک للبدل انما یکون للتصرف، و هو یؤکد القابلیة، و هذا بخلاف المقام.

و لا یخفی ان جواب الشیخ ره انما یکون بالنظر الی إیراده من حیث عدم استمرار تملکه للبدل لا بالنظر الی عدم استمرار ملکیته لماله لو لا-الإجازة، فایراد السید قده علیه بانه فی المثال یکون المال باقیا علی ملکه لو لا الإجازة فالقیاس مع الفارق، غیر مربوط بکلام الشیخ ره کما هو واضح، فتدبر فانه دقیق.

الثانی: فحوی خبر تزویج الصغیرین «۱» فان موت احد الزوجین کتلف احد العوضین فی فوات احد رکنی العقد.

و فیه: ان المفروض موت الزوج، فلیس هناک وطء و لا ولد، بل غایة ما هناک انتقال المال بعنوان الإرث، فلا أولویة

---

(۱) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب میراث الأزواج حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۳

]...[

الثالث: إطلاق روایة عروة «۱»، حیث لم یستفصل عن موت الشاة أو ذبحها و إتلافها.

و فیه: أولا: ما تقدم من عدم تمامیته سندا.

و ثانیا: ان عدم الاستفصال یمکن ان یکون لعلمه صلّی اللّه علیه و آله ببقاء الشاة.

بل الحق فی الجواب عن الجواهر دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات.

و عن المحقق النائینی ره الإیراد علی هذه الثمرة: بانه علی الکشف ایضا بما انه یکون من تلف المبیع قبل القبض و هو من مال بائعه، یکون العقد منفسخا.

و فیه: أولا: ان هذه القاعدة انما تختص بالبیع، و فیه ایضا یختص بالمبیع، ففی الفضولی فی غیر البیع، و فی البیع إذا کان التالف هو الثمن، لا یجری هذا الکلام.

و ثانیا: انه یمکن فرض القبض بان یکون المشتری عالما برضا المالک بقبض ماله فاقبضه الفضولی، فعلی الکشف یکون القبض قبض المالک فلا یکون التلف قبل القبض.

و أما الکلام فی تجدد القابلیة کما لو صار الخمر خلا فسیأتی عند تعرض الشیخ ره له.

الموضع الثالث: فی شرائط العقد: و حیث ان المدار علی ثبوتها حال الإنشاء خاصة- بل لا معنی لبقائها بعده- فلا فرق بین القول بالنقل أو الکشف.

---

(۱) المستدرک باب ۱۸ من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۴

]...[

ثمرات ذکرها بعض

و ربما یقال بظهور الثمرة فی تعلق الخیارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخیارات.

و تنقیح القول بالبحث فی مواضع:

الأوّل: فی تعلق الخیارات، کما إذا کان المبیع صحیحا حین العقد و صار معیبا حین الإجازة أو انعکس، و کذا إذا اختلفت القیمة بحسب الزمانین، و کذا بالنسبة الی خیار المجلس.

و ملخص القول فیه: ان الخیارات علی قسمین: أحدهما: ما یکون ثابتا بدلیل خاص.

ثانیهما: ما یکون ثابتا علی القاعدة و من باب الشرط الضمنی.

اما الأول: فلا بد من ملاحظة الدلیل، فان کان المأخوذ فیه تحقق النقل و الانتقال کان علی الکشف ثابتا من حین العقد، و علی النقل من حین الإجازة، و ان کان موضوعه البیع و العقد فحیث انه یتم العقد بالإجازة فلا یکون ثابتا من حین العقد علی القولین، و ان کان موضوعه إنشاء البیع کان ثابتاً من حین العقد علی المسلکین.

و أما الثانی: فالظاهر ثبوت الثمرة، و انه علی الکشف یکون المیزان هو لحاظ العقد، و علی النقل یکون المدار علی زمان الإجازة، و ذلک کما فی خیار الغبن، إذ ثبوته انما یکون من باب الشرط الضمنی ای التساوی بین البدلین من حیث القیمة، و لا ریب فی ان ما علیه بناء العقلاء انما هو التساوی فی زمان حصول النقل و الانتقال لا قبله و لا بعده کما لا یخفی. و تمام الکلام فی ذلک فی مبحث الخیارات.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۵

]...[

الثانی: فی حق الشفعهٔ، کما إذا باع الفضولی حصهٔ احد الشریکین، ثمّ باع الشریک الأخر حصته بنفسه، ثمّ بعد ذلک أجاز الشریک بیع الفضولی.

و الحق فی المقام ثبوت الثمرهٔ، إذ موضوع هذا الحق انما هو الشریک، فعلی القول بالکشف یکون هذا الحق ثابتا للأصیل الذی باع حصته، لأنه حین البیع کان هو المالک، و علی النقل یکون ثابتا للمشتری من الأصیل، لأنه حین النقل مالک و شریک.

الثالث: فی احتساب مبدأ الخیار الذی یکون موضوعه النقل و الانتقال کخیار الحیوان، فانه علی النقل یکون مبدأ الاحتساب من حین الإجازهٔ، و علی الکشف یکون المبدأ العقد. و لکن فیه کلاما سیأتی فی الخیارات.

الرابع: فی معرفهٔ مجلس الصرف و السلم الذی یعتبر ان یکون القبض فیه، فقد یقال انه علی الکشف یکون مجلس البیع حال صدور العقد، و علی النقل یکون حال الإجازهٔ لتمامیهٔ البیع حالها دون الأوّل.

و لکن یمکن ان یقال: ان المیزان هو العقد مطلقا، إذ متعلق هذا الحکم هو القبض قبل التفرق- ای قبل زوال الاجتماع علی المعاملهٔ- و معلوم ان الاجتماع علی المعاملهٔ انما هو حال العقد کان العاقدان اصیلین أو فضولیین، أو أحدهما فضولیا و الآخر أصیلا، و علی کل حال تلک الحال هی المناط، قلنا بالنقل أو الکشف، اذ لا ربط للنقل و الانتقال فیه کی یختلف علی المسلکین. و تمام الکلام فی محله.

الخامس: فی الیمین و النذر، کما لو نذر التصدق بدراهم ان کان مالکاً یوم الجمعهٔ لکذا، و ثبوت الثمرهٔ حینئذ واضح لا یحتاج الی بیان، ثمّ انه تظهر الثمرهٔ فی باب الخمس و الزکاهٔ، کما لو اشتری شیئا عن غیر مالکه قبل انتهاء السنهٔ فأجاز مالکه بعده، إذ علی النقل یکون الربح من السنهٔ الثانیهٔ، و علی الکشف یکون من الاولی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶

]...[

أو اشتری زرعا قبل انعقاد الحب فأجاز مالکه بعده، إذ علی النقل تجب الزکاهٔ علی مالکه المجیز، و علی الکشف تجب علی المشتری.

التنبیه الأول من تنبیهات الإجازهٔ

و ینبغی التنبیه علی امور:

الأول: قال الشیخ: ان الخلاف فی کون الإجازهٔ کاشفهٔ أو ناقلهٔ لیس فی مفهوم الإجازهٔ و معناها وضعاً أو انصرافا، بل فی حکمها الشرعی.

أقول: ان کان النزاع فی مفهومها اللغوی بان ادعی جمع إن الإجازهٔ بمعنی الإنفاذ و مقتضاه نفوذ العقد من حینه، و ادعی آخرون انها بمعنی الرضا بمضمون العقد و مقتضاه حصول النقل من حینها، کان لازم الإجازهٔ علی خلاف مقتضاها بطلان العقد و عدم صحته، لأنه حینئذ لم یقصد معنی الإجازهٔ و قصد شیئا آخر.

و ان کان فی معنی الإجازهٔ إطلاقا أو انصرافا، بان ادعی جمع ان إطلاقها أو انصرافها یقتضی احد الأمرین، کان اللازم صحهٔ العقد علی نحو ما قصد، إذ اقتضاء إطلاق الإجازهٔ أو انصرافه شیئا کاقتضاء إطلاق العقد شیئا لا ینافی تقییدها بما ینافی مقتضی إرسالها أو انصرافها.

و ان کان النزاع فی حکمها الشرعی، بحسب ملاحظة الأدلة، فان قصد الالتزام بمضمون العقد من حین الإجازة علی القول بالکشف، أو قصد الالتزام به من حین العقد علی القول بالنقل، فهل تصح ام لا؟ لا إشکال فی عدم صحتها علی نحو ما قصد، إذ اقتضائها لأحد الأمرین حسب الفرض انما یکون بحسب الجعل الشرعی، و علیه فلا وجه للقول بالصحة علی نحو ما قصد لأن قصد المکلف لا یغیر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷

[...]

الحکم الشرعی.

انما الکلام فی صحتها و عدم افتقار العقد الی اجازة اخری علی طبق ما اعتقده المجیز من احد القولین، و ملخص القول فیها انه تارة: یجیز العقد علی ما هو علیه و لکن یعتقد ان الحکم الشرعی هو الکشف، بحیث یکون الداعی و المحرک له هو هذا الاعتقاد و لو لاه لما کان یجیز، و کان فی الواقع هو النقل أو بالعکس، لا إشکال فی الصحة فی هذا الفرض، لأنه من باب تخلف الداعی.

و اخری: یجیز بهذا النحو، و هو علی قسمین: الأول: یجیز العقد و یشترط النقل من حین الإجازة علی القول بالکشف، و من حین العقد علی القول بالنقل.

الثانی: ان یجیز العقد هکذا لا انه یجیزه علی ما هو علیه و یشترط ذلک.

اما فی الأول: فالصحة و الفساد مبنیان علی ان الشرط الفاسد هل یکون مفسدا ام لا؟ فعلی الأول تبطل، و علی الثانی تصح.

و أما فی الثانی: فقد یتوهم الصحة من جهة ان المجاز مضمون العقد لا حکمه، و المفروض اجازته، و یکون قصد ترتب حکم آخر علی العقد غیر ما رتب علیه شرعاً لغواً لا أثر له، و یکون نظیر ما لو تزوج و قصد عدم الإنفاق علیها، فانه تتحقق الزوجیة و یترتب علیها وجوب الإنفاق، لکنه فاسد، فان حکم العقد ان کان غیر ما هو مضمونه کما فی المثال تم ما ذکر، فلان مضمون العقد لا یختلف من ناحیة حکمه، فقصد ترتب حکم آخر یکون لغوا، و ان کان من أنحاء تعین مضمون العقد کما فی المقام لا- محالة یکون قصد الخلاف موجبا لعدم تحققه، فالأظهر هو البطلان، فان ما یمکن تحققه لم یقصد و لم ینشأ، و ما أنشأ و قصد لا یمکن ان یتحقق.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸

[...]

کفایة الرضا الباطنی فی الإجازة

الثانی: فی انه هل یکفی الرضا الباطنی فی الإجازة، ام یعتبر الإنشاء، ام یعتبر کون الإنشاء باللفظ الصریح؟ وجوه و اقوال.

و تنقیح القول فی المقام یقتضی البحث فی جهات:

الأولی: فی انه هل یکفی فی الإجازة مجرد الرضا الباطنی ام لا.

الثانیة: فی انه علی فرض عدم الکفایة هل یکفی الإنشاء القلبی کما عن المحقق الخراسانی ره، ام لا؟.

الثالثة: فی انه علی فرض عدم کفایة ذلک هل یکفی الفعل ام یعتبر القول.

الرابعة: فی انه علی فرض اعتبار القول هل یکفی الکنایة ام یعتبر ان یکون علی وجه الصراحة؟.

اما الأولی: فقد استدل الشیخ ره لکفایة الرضا الباطنی بوجوه:

الأول: العمومات المتقدمة المتمسک بها لصحة عقد الفضولی السالمة عن ورود مخصص علیها عدا ما دل علی اعتبار رضا المالک فی حل ماله و انتقاله الی الغیر و رفع سلطنته عنه «۱».

و اورد علیه جمع من المحققین: بان العمومات انما تـدل علی وجوب وفاء کل مکلّف بعقـده، و عقد الفضولی لا یکون عقدا للمالک بمجرد رضاه، بل یحتاج الی إنشاء الإجازة.

(۱) سورة النساء آیة ۲۹- الوسائل- باب ۳- من أبواب مکان المصلی حدیث ۱- ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۹

]...[

و لکـن قـد عرفت فی أول مبحث الفضـولی ان الاسـتناد المعتبر انمـا هـو الاسـتناد بمعنی انه عقـده و بیعه، و هـذا المعنی کمـا یتحقق بالإمضاء و الإنفاذ و اظهار الرضا یتحقق بالرضا به فراجع ما ذکرناه.

الثانی: ما ورد فی عدة من الأخبار من ان سکوت المولی بعد علمه بتزویج عبده اقرار منه علیه «۱».

و الجواب عن ذلـک: بـان السـکوت فی أمثـال المقام إمضاء عرفی قـد تقـدم ما فیه، نعم، الإیراد علیه بان فی نکاح العبـد خصوصـیة- حیث ان العقد لنفسه و انما المفقود اذن المولی و رضاه فیکفی مجرد الرضا بخلاف سایر اقسام عقد الفضولی تام.

و بذلک یظهر الجواب عن الوجه الثالث و هو ما دل علی ان قول المولی لعبده طلّق یدل علی الرضا بالنکاح «۲» فیصیر اجازة، و ما دل علی ان المانع من لزوم نکاح العبد معصیة السید «۳» التی ترتفع بالرضا.

الرابع: ما دل علی ان التصرف من ذی الخیار رضا منه «۴».

و فیه: ان ذلـک قابـل للحمـل علی التعبـد، أو علی ان هـذا الفعـل کاشف عن الرضا و اسـقاط الحق. و علی کل حال یکون أجنبیا عن المقام، فالعمدة هی العمومات.

و أما الجهـة الثانیـة: فعلی القول بعدم کفایة الرضا الباطنی، الأظهر ما عن المحقق الخراسانی ره من کفایة الإنشاء القلبی، إذ به یحصـل الاستناد و الانتساب، و ما دل علی ان الحالات النفسانیة غیر البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فی باب العقود

(۱) الوسائل- باب ۲۶- من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۲۷- من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۱.

(۳) الوسائل- باب ۲۴- من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۱- ۲.

(۴) الوسائل، باب ۴ من أبواب الخیار

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۰

]...[

و الإیقاعات انما هو فی المؤثر و هو العقد دون الشروط، و لا ریب فی ان الرضا الباطنی شرط کما عرفت.

و أما الجهة الثالثة: فالأظهر کفایة الفعل فی الإنشاء، إذ لو سلم انه یتوقف الاستناد علی الإنشاء و إبرازه، لا دلیل علی اعتبار اللفظ فیه.

و دعوی ان الاسـتقراء فی النواقل الاختیاریـة اللازمة کالبیع یقتضـی اعتبار اللفظ و الإجازة منها، مندفعة بانه فی تلک النواقل ایضا بنینا علی کفایة الفعل راجع مبحث المعاطاة.

و أما الجهة الرابعة: فلو أغمضنا عن جمیع ذلک، فالأظهر کفایة الکنایة، و لا یعتبر ان یکون باللفظ الصریح.

و دعوی ان إنشـاء اللازم و إیجاده فی الإنشاء القولی لیس إیجاداً للملزوم عرفا، و کون الملزوم مقصوداً و داعیا من إیجاد اللازم لا أثر

له، لأن الدواعى لا أثر لها فى باب المعاملات- التى استند إليها المحقق النائينى ره فى عدم وقوع العقد بالكنايات قد عرفت ما فيها فى مبحث خصوصيات ألفاظ العقد- فراجع ما ذكرناه هناك.

اعتبار عدم سبق الرد

الثالث: المشهور بين الأصحاب: انه من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد.

و قد استدل لاعتبار هذا الشرط بوجوه:

الأول: الإجماع.

و فيه: أولا: ان الإجماع المنقول- سيما مع معلومية مدرك المجمعين- ليس بحجة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۱

]...[

و ثانيا: انه لا وجه لدعواه بعد إفتاء جمع من الفقهاء ببطلان عقد الفضولى رأسا.

الثانى: ان الإجازة انما تجعل المجيز احد طرفى العقد، و بها يصير مكلفا بوجوب الوفاء بالعقد، فالرّد المتخلل بينها و بين العقد الصادر من الأصيل و الفضولى يكون ردا متخللا بين اجزاء العقد، و قد تقرر فى محله انه يعتبر ان لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد.

و فيه: أولا: ان ما هو المسلم فى تلك المسألة انما هو مضرية رد من صدر منه الالتزام و التعهد قبل تحقق الالتزام من صاحبه، كما لو رد الموجب بعد الإيجاب قبل قبول القابل. و اما لورد صاحبه ذلك، كما لورد القابل قبل ان يقبل ثمّ قبل فليس الحكم مسلما بينهم، و المقام من قبيل الثانى لا الأول، فان المجيز انما يرد قبل ان يصدر الالتزام منه، و الملتزم انما هو غيره كما هو واضح.

و ثانيا: انه فرق بين الرد المتخلل بين الإيجاب و القبول، و الرد المتخلل بين العقد و الإجازة، و بعبارة اخرى: ليست الإجازة فى جميع الأحكام كالقبول أو الإيجاب، و لذا ترى ان الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول يضر، و الفصل بينهما و بين الإجازة لا يضر كما هو واضح.

الثالث: ان مقتضى ما دل على سلطنة الناس على أموالهم «۱» تأثير الرد فى قطع علاقة الطرف الأخر عن ملكه، فلا يبقى ما تلحقه الإجازة.

و فيه: ان العلاقة المتصورة بالإضافة الى المال لا تخلو من الملكية و الحقية، و شىء منهما لا يكون فى المقام، اما الأولى: فواضح، و اما الثانية: فلأن العقد قبل

(۱) البحار ج ۲- ص ۲۷۲ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۲

]...[

الإجازة لا يوجب كون الأصيل ذى حق، و لذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولى.

و بالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولى ادنى مرتبة من الملك و الحق، و عليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة.

و ما افاده المحقق النائينى ره من انه و ان لم تحصل العلاقة شرعا لكنها تحصل له عرفا، فالرد يبطل هذه العلقة.

فيه: ان العلقة التی عرفت انها اما الملكية أو الحقية لا تحصل و لو عرفا.

و أجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين: أحدهما: ان قاعدة السلطنة متعارضة، لان مقتضاها جواز ان يجيز بعد الرد، لأنه مقتضی سلطنته علی ماله.

و فيه: انه بعد تسليم تأثير الرد فی حل العقد لا يبقی موضوع للإجازة كی تؤثر فيه.

ثانيهما: انه قد مر من الشيخ ره ان قاعدة السلطنة انما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع و الهبة و نحوهما لا جميع ما اراده المالك، إذ ليست مشرّعة، فلا تصلح لإثبات مؤثرية الرد فی حل العقد.

و فيه: انه لو سلم حصول العلقة للأصيل بالإضافة الی المال لا إشكال فی صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة علی جواز رفعها، فان ذلك من مصاديق تسلّط الإنسان علی رفع مزاحمة الغير، و لا يحتاج الی دليل آخر. فتدبر- فالصحيح ما ذكرناه- فالأظهر صحة الإجازة بعد الرد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۳

]...[

الإجازة لا تورث

الرابع: قال الشيخ: الإجازة اثر من آثار سلطنة المالك علی ماله، فموضوعها المالك، فقولنا له ان يجيز مثل قولنا له ان يبيع، و الكل راجع الی انه له ان يتصرف، فلو مات المالك لم يورث الإجازة، و انما يورث المال الذی عقد عليه الفضولی، فله الإجازة. انتهی.

أقول: يقع الكلام فی موردين:

(۱) فی اصل المطلب.

(۲) فی الفرق بين ارث الإجازة وارث المال.

اما الأول: فما افاده الذی حاصله: ان ثبوت الإجازة للمالك و تأثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط كحق الخيار، بل هو من قبيل الحكم الشرعی تام، لأن الإجازة من التصرفات التی ثبت جوازها للمالك، و هو من الأحكام الشرعية. و يترتب علی ذلك انه لا تورث الإجازة لعدم كونها مما تركه الميت، نعم لمن انتقل إليه المال اجازة بيع الفضولی بناءً علی جواز المغايرة بين المالك حال العقد و المالك حال الإجازة، إلا ان ما ذكره من انها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة، فإنها من آثار الملك.

و أما السلطنة التی هی عبارة عن القدرة علی التصرفات فهی متقومة بجواز التصرفات لا انه من آثارها.

و أما الثانی: فالفرق بين ارث الإجازة وارث المال يظهر فی موارد:

منها: ما إذا كان المبيع مما يحرم منه الزوجة كالعقار علی أشهر القولين، فانه

فقه الصادق عليه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۴

]...[

علی القول بإرث الإجازة ترثها الزوجة، و علی القول بالعدم لا ترث، و ليس لها الإجازة، و المفروض عدم كونها مالكة للمبيع، فلا حق لها فيه.

و منها: انه علی القول بأنها مما ترثه الورثة، يأتی فيها النزاع الموجود فی حق الخيار الموروث مع تعداد الورثة من انه هل يرث كل من

الورثـة الإجازة فی مقدار ماله من العین، أو یرث کل منهم الإجازة فی تمام العین بنحو العام الاسـتغراقی- بمعنی نفوذ اجازة کل واحد منهم- أو یرث المجموع الإجازة- بمعنی انها شیء واحد یرثه الجمیع- فلا بد فی الصحة من إمضاء الجمیع.

و منهـا: ما لو أوصـی بمال معین للفقراء مثلا بنحو یکون ملکا لهم بالموت، ثمّ وقع عقـد الفضولی علی هـذا المال و مات المالک قبل الإجازة، فعلی القول بإرث الإجازة ینتقل هذا الحق، فلهم الإجازة بخلافه علی القول بالعدم. فتأمل.

اجازة البیع لیست اجازة لقبض الثمن

الخامس: هل اجازة تکون اجازة لقبض الثمن و لاقباض المبیع، ام لا وجهان.

الکلام فی هذا التنبیه یقع فی جهات:

الاولی: فی قابلیة القبض و الإقباض للإجازة و عدمها.

و فیه وجوه و اقوال.

ثالثها: ما فی المکاسب، و هو جریان الفضولیة فی قبض الثمن المعین دون الکلی.

رابعها: عکس ذلک، اختاره السید ره.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵

]...[

و قد استدل لعدم الجریان مطلقاً بوجهین.

الأول: ان حقیقـة الإجـازة إنفاذ الشـیء، و لا مورد للنفوذ الا التصـرفات المعاملیـة، فالأفعال و الأقوال الأخر لا تکون مورداً لها، و منها القبض و الإقباض.

و فیه: ان حقیقة الإجازة اظهار الرضا بما وقع، و هی توجب انتسابه الی المجیز و هذا لا فرق فیه بین المعاملات و غیرها.

الثانی: مـا نسب الی المحقق الخراسـانی، و أوضـحه المحقق الأصـفهانی ره، و هو ان الإجـازة لاـ بـد و ان تتعلق بما له بقاء و اسـتمرار کالأمور الاعتباریة الانتزاعیة من اسباب خاصة، و اما الأفعال الخارجیة فلیس لها بقاء کی تنتسب بالإجازة الی المالک، و هی لا تصلح لأن توجب انتسابها فی زمانها الی المجیز لعـدم معقولیة الانتساب مع عدم ما به الانتساب، و صـیرورتها منتسبة من حین الإجازة بعد ما لم تکن کذلک یستلزم انقلاب الشیء عما وقع علیه.

و فیه: ان الإجـازة کما عرفت عبارة عن اظهار الرضا بما صـدر، و الرضا کما یتعلق بالأمر الاعتباری، کـذلک یتعلق بالفعل الخارجی. و کما یتعلق بالأمر المقارن و المتأخر کـذلک یتعلق بالأمر المتقـدم، و هی توجب صـیرورة الفعل المتقدم مرضـیا به من حین الإجازة، و هـذا غیر انقلاـب الشـیء عمـا وقع علیه، مع ان المراد بالقبض لیس هو الا کون الشـیء تحت الاستیلاء و السـلطنة، و هـذا امر له بقاء و استمرار. فظهر بما ذکرناه مدرک القول الثانی.

و اسـتدل الشـیخ فی وجه مـا اختاره و أوضـحه: بان قبض الثمن الشخصـی قابل للإجازة من جهـة ان مرجع اجازته الی اسـقاط ضـمان الثمن عن المشـتری، ففی الحقیقـة لاـ یکون القبض عنـده قابلاـ للإجـازة، و انمـا تکون الإجـازة و الرضـا به رضـا بـأثره، و هو اسـقاط الضمان. و کذلک الإقباض، فان مرجع اجازته الی حصول المبیع فی ید المشتری

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۶

]...[

برضا البائع و اما قبض الثمن الكلى و تشخصه به فهو لا- يكون قابلًا للإجازة، فانه حيث لم يتعين الكلى فى المقبوض بيد الفضولى فليس هناك ضمان المعاوضة على المشترى، بل الثمن باق على كليته، و المفروض ان القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الإجازة به، فلا وجه لجريان الفضولية فيه و تصحيحه بالإجازة.

و فيه: - مضافا الى ما عرفت من ضعف المبنى- يرد على ما افاده فى قبض الثمن الشخصى: ان الضمان المشترى للثمن قبل القبض انما يكون حكما شرعيا ثابتا على خلاف القاعدة، و هو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف لاحقا مالياً كى يكون قابلا للإسقاط.

و ما افاده المحقق النائينى ره من ان ذلك انما يكون من جهة الشرط الضمنى إذ كل من البائع و المشترى يشترط على صاحبه بالارتكاز قبض الثمن أو المثمن و ليس مقصودهم مجرد التبديل، لو تم و ان لزم منه كون ذلك من الحقوق، الا انه لا يتم، فان لازم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر «۱».

و استدل السيد لما ذهب إليه: بان الفضولية انما تجرى فى التصرفات المعاملية لا فى الأفعال الخارجية، و القبض فى المعين من الأفعال الخارجية و فى الكلى من التصرفات المعاملية، فان ذلك يكون من باب الوفاء، و هو فى اللب مبادلة بين الكلى و الفرد المتشخص- و قد عرفت ما فيه- فالأظهر قابليتهما للإجازة.

الجهة الثانية: انه هل يأتى فى القبض نزاع الكشف و النقل ام لا، وجهان أظهرهما الثانى، لأن ذلك النزاع فى العقد انما يكون من جهة ان وراء العقد شيء و هو الملكية، و يمكن البناء على تحققها من الأول، و هذا بخلاف القبض، إذ ليس ورائه

---

(۱) الوسائل- باب ۱۰- من أبواب الخيار.

]...[

شيء، فالقبض كالعقد نفسه فكما انه يصير عقد المالك من حين الإجازة على المسلكين كذلك القبض، فآثار قبض المالك عليه من حين الإجازة، فلو تلف بعدها لا يكون من تلف المبيع قبل القبض، فلا يكون البائع ضامنا بخلاف ما لو كان تالفا قبلها، فانه حينئذ لا موضوع للإجازة، إذ بالتلف ينفسخ العقد فلا يكون شيء باقيا كى تلحقه الإجازة.

الجهة الثالثة: لو كانت اجازة العقد دون القبض لغوا كما فى الصرف و السلم بعد قبض الفضولى و التفرق، ففى المكاسب: كانت اجازة للقبض صونا للإجازة عن اللغوية عليه بايرادات:

الأول: ما عن جمع من المحشين منهم السيد ره، و هو: ان ذلك- اى الذى ذكره- راجع الى مقام الإثبات، و ثبوت الدلالة على اجازة القبض، و هذا انما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت، و قابلية القبض للفضولية و ان تصح بالإجازة، و الشيخ ره يرى عدم قابليته لها فى الكلى.

و فيه: أولا: ان الشيخ لم يلتزم بعدم قابليته لها، و انما لم يقم عنده دليل على صحة القبض بنفسه بالإجازة، و عليه فالدليل الدال على صحة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض يكفى فى صحة مثل هذا القبض بالإجازة، بخلاف القبض الذى لا تكون صحة العقد منوطة به.

و ثانيا: ان عدم قابلية القبض للإجازة اما ان يكون من جهة انه لا يكون من التصرفات المعاملية كما افاده السيد قده، أو يكون من جهة عدم قابليته للانتساب الى المجيز كما عن المحقق الخراسانى ره، و شيء منهما لا مورد له فى هذا القبض، اما الأول: فلأنه دخيل فى صحة العقد و فى ترتب الآثار الوضعية و الأمر الاعتبارى، فهو من التصرفات المعاملية.

[...]

و اما الثانی: فلعدم اعتبار الانتساب فیه، إذ الشرط انما هو قبض المتعاملین بالمعاملة الصحیحة، فإذا صحت المعاملة بالإجازة کفی قبض الفضولی فی الصحة، و لا یخفی ان مرجع هذا الی عدم الاحتیاج الی اجازة القبض، و ان الإجازة محققة لموضوع القبض لا موجبة لصحته و نفوذه.

الإیراد الثانی: ان اجازة القبض انما توجب انتساب القبض الی المجیز من حین الإجازة بعد التفرق، و هو لا یکفی فی صحة المعاملة، فان الشرط هو القبض قبل التفرق، و الجواب عنه هو الجواب الثانی عن الإیراد الأول.

الإیراد الثالث: ما افاده جمع منهم السید و المحقق النائینی ره، و هو: انه انما یتم إذا کان المجیز عالما بان البیع بدون القبض باطل، و الا فلا یحمل علی کونه اجازة للقبض.

و فیه: انه إذا کان بصدد اجازة العقد بجمیع ما تتوقف صحة العقد علیه کفی فی کونه اجازة له، مضافا الی ما عرفت من کفایة اجازة العقد فی صحة القبض. فراجع.

فتحصل: ان الأظهر الاکتفاء بإجازة العقد فی مثل هذه العقود المتوقفة صحتها علی القبض.

الجهة الرابعة: لو قال: أجزت العقد دون القبض، ففی المکاسب: ففی بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان: أقول: الحق ان یقال: بناءً علی ان العبرة بقبض المتبایعین، و انه لا یلزم انتسابه الی المالکین، یتعین البناء علی الصحة لفرض اجازة العقد و عدم کون قبضه موضوع الاثر کی یلزم اجازته و یضر رده، و اما بناءً علی لزوم اجازة القبض فالظاهر ان اجازة العقد اجازة للقبض للغویة اجازته دونه، ورد القبض رد للعقد، إذ لا ینفک الشرط

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۹

[...]

عن المشروط، و علیه فإذا تقدمت الإجازة لغی الرد لکونه رداً بعد الإجازة، و إذا تقدم الرد لم یفد الإجازة بناءً علی اعتبار ان لا تکون مسبوقة بالرد، و الا صحت.

الإجازة لیست علی الفور

السادس: هل الإجازة علی الفور فمع التأخیر تسقط، ام لا؟ فیه وجهان:

أقواهما الثانی: لإطلاق الأدلة، و صحیح محمد بن قیس المتقدم «۱».

و علیه، فلو یجز المالک و لا رد، فهل یتعین إجبار المالک بأحد الأمرین- کما اختاره السید قده- ام یتعین ثبوت الخیار- کما ذهب إلیه جمع- ام یثبت الأمران بنحو التخییر- کما اختاره الشیخ ره- وجوه؟.

و لیعلم ان محل الکلام انما هو فیما إذا لم یجز للأصیل التصرف فیما انتقل عنه و فیما انتقل إلیه، و اما إذا جاز له التصرف فیما انتقل عنه اما لعدم لزوم لعقد علیه أو لجوازه، حتی بناء علی لزوم العقد، لا مورد لشیء من هذه الوجوه، إذ لا یلزم ضرر علیه من عدم الإجازة و الرد. و ایضا الظاهر أن محل الکلام ما لو لم یکن الأصیل عالما بکون طرفه فضولیا، أو کان مطمئنا بانه یجیز المالک أو یرد، و اما إذا کان عالم به و لم یکن مطمئنا بشیء منهما، فمن حیث انه مقدم علی الضرر لا یجری شیء من الوجوه. فتدبر.

و کیف کان: فالأظهر من تلک الوجوه هو الثانی، إذ الإجبار انما یکون لأحد أمرین: اما الامتناع عن الحق من جهة ان السلطان ولی الممتنع، أو للامتناع عن

(۱) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۵۰

[...]

امتثال التكليف اللزومى من جهة لزوم الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر «۱».

و لا دليل عليه فى غير الموردين.

و من الواضح ان عقد الفضولى لا يوجب حدوث حق للأصيل على المالك- كما تقدم- و لا وجوب الإجازة أو الرد عليه، فالإجبار لا مورد له، و قاعدة «۲» نفى الضرر لا- تصلح لإثبات جوازه لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهى توجب نفى لزوم العقد على الأصيل، فالمتعين هو ثبوت الخيار للأصيل.

اعتبار مطابقة الإجازة للعقد

السابع: هل يعتبر فى صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا، ام لا، ام يفصل بين المطابقة من حيث الجزء، و المطابقة من حيث الشرط؟ وجوه و اقوال؛ و تنقيح القول بالبحث فى مقامين:

الأول: فى عدم المطابقة من حيث الجزء، بان يكون الشيء المحذوف أو المضاف جزء.

الثانى: فى عدم المطابقة من حيث الشرط، و اما فى صورة الاختلاف من حيث المباينة كما لو وقع العقد على فرس فأجاز فى الحمار فلا اشكال فى عدم الصحة.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين: الأول: فيما إذا كان محذوفا،

(۱) الوسائل- باب ۱- من أبواب الأمر و النهى و ما يناسبهما و غيره من الأبواب.

(۲) الوسائل- باب ۱۷- من أبواب الخيار- حديث ۳- ۴- ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۵۱

[...]

و ملخص القول فيه: ان المعقود عليه ان كان مركبا من اجزاء يكون كل جزء منه موضوعا مستقلا بنظر اهل العرف فى البيع و الشراء- بنحو لا يرون المعاملة على المجموع الا معاملة على كل واحد مستقلا، كما لو عقد على عشرة جبنة فأجاز بيع بعضها- لا ينبغى التأمل فى الصحة، لأن المجاز مما عقد عليه، و لا- سبيل الى اجراء خيار تبعّض الصفقة هنا، لأن مورده ما إذا كان بيع كل جزء مشروطا بانضمام الجزء الآخر ضمنا و ارتكازاً كى يوجب التبعّض تخلف الشرط، فيثبت خياره لعدم الدليل عليه بالخصوص.

و ان لم يكن كل جزء موضوعا مستقلا، كما إذا وقع العقد على حيوان خاص فأجاز نصفه، فعن المحقق النائينى: صحة المجاز، مستدلا بان حكم الإجازة حكم البيع ابتداء، فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداء، فكذلك يجوز له اجازة بعضه.

و فيه: ان الفرق بين الإجازة و البيع واضح، فان الإجازة انما تحتاج الى عقد واقع و التزام معاملى قبلها بخلاف البيع، و عليه فان كان الالتزام العقدى منحلا الى التزامات عديدة حسب تعدد اجزاء المبيع صح البيع فيما أجيز لكون المجاز معقودا عليه، و الا فلا، فالميزان هو ذلك.

و به يظهر ان قياس المقام بمسألة التبعيض فى باب الخيارات كما عن السيد فى غير محله، و لكن الظاهر هو الانحلال فى جميع الموارد، غاية الأمر الى التزامات ضمنية لا استقلالية، و عليه فيصح البيع فيما أجيز. نعم يثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة.

المورد الثانى: ما إذا كان الجزء مضافاً، و الضابطة فيه انه انحلت الإجازة الى إجازات متعددة و التزامات عديدة، فيكون احد الالتزامين متعلقا بالعقد و الآخر بالزائد، صح العقد المجاز لكونه عقدا أجيز، و الا فلا، فان المجاز حينئذ غير معقود

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۵۲

[...]

عليه، و ما عقد عليه لم تتعلق به الإجازة، و الظاهر هو الانحلال فى جميع الموارد الا إذا كانت من قبيل اجازة الحصة الخاصة، كأن يجيز العقد الواقع على المجموع خاصة بهذا القيد، فانه حينئذ ما تعلقت الإجازة به لا يكون معقودا عليه كما لا يخفى.

و أما المقام الثانى: فالكلام فيه تارة: فى الشرط المحذوف، و اخرى: فى المضاف.

اما الجهة الأولى: فلا ينبغى الإشكال فى الصحة بناء على ما هو الثابت فى محله من ان الشرط انما هو التزام فى التزام لا ان الالتزام العقدى معلّق عليه بحيث لا التزام بدونه، فان الإجازة حينئذ تكون متعلقة بالالتزام العقدى، فما افاده الشيخ ره فى وجه عدم الصحة من عدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط، ضعيف لما عرفت من ان الشرط التزام مستقل فى ضمن الالتزام العقدى.

و أضعف منه تفصيله ره بين الشرط و الجزء، بالالتزام بالتبعيض من حيث الجزء دون الشرط، لما عرفت من ان قبول العقد للتبعيض من حيث الشرط اولى من قبوله التبعيض من حيث الجزء، مضافا الى ان كل جزء شرط لاعتبار وصف الاجتماع فيه.

و هل يثبت الخيار للأصيل ام لا؟ وجهان، و الحق ان يقال: ان الشرط ان كان للمالك على الأصيل- كما لو أوقع الفضولى العقد مع اشتراط ان يخيط الأصيل ثوب المالك فأجاز المالك العقد بدون الشرط- فلا خيار له، لأن مرجع ذلك الى اسقاط المالك حقه، و لا إشكال فى ذلك، و كذلك ان كان للأصيل على المالك مع رضا الأصيل بذلك بعد الإجازة؛ و اما ان كان للأصيل على المالك و لم يرض الأصيل بذلك، فالظاهر ثبوت خيار تخلّف الشرط له، و هو واضح.

و أما الجهة الثانية: فالشرط المضاف لا يجب الوفاء به لكونه من قبيل الشرط الابتدائى، و كون الإجازة بمنزلة الإيجاب أو القبول لا يوجب اسراء أحكامهما إليها، مضافا الى ان الشرط المذكور فى ضمن أحدهما وحده لا يفيد، و اما المشروط فان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۵۳

[...]

كانت الإجازة مع الشرط التزاما بالعقد منضما الى الالتزام الشرطى صح، لكون العقد مجازاً و ضم اللغو إليها لا يمنع عن تأثيرها فى صحة العقد، و ان كانت التزاما واحدا متعلقا بالمشروط لم يصح، و الظاهر هو الأول، لأن الواقع انما هو العقد المجرد، و المجيز يريد ضم الشرط إليه، فلا محالة يجيز المالك ذلك الواقع بضم الشرط إليه، فالتقييد انما يكون الإجازة بالشرط، و حيث ان الشرط- كما تقدم- انما يكون هو الالتزام فى ضمن الالتزام، و فى المقام يكون هو الالتزام المقرون بالإجازة، فلغويته لا تلازم لغوية الإجازة. فما فى المكاسب من تقوية البطلان فى غير محله.

[القول فى المجيز]

اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة

و أما القول فى المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان امور:

الأول: یشترط فی المجیز ان یکون حین الإجازة جائز التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد بلا اشکال، فان الإجازة تصرف معاملی فی المال، فإذا کان المجیز غیر جائز التصرف لم یجز له ذلک، من غیر فرق بین القول بالنقل أو الکشف، إذ علی الکشف انما یکون الأثر من قبل، و الا فالإجازة هی التی تؤثر فی ذلک.

و دعوی انه علی القول بان المؤثر فی النقل لیس هو وجود الإجازة، بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد کعنوان التعقب، یشکل اعتبار ما عدا ما یوجب سلب العبارة فیها لعدم کونها تصرفا مالیا حینئذ، مندفعة بانه علی هذا المسلک ایضا لا یکون التعقب بمطلق الإجازة شرطا، بل الشرط هو التعقب بالإجازة المستجمعة لسائر شرائط تأثیر العقد، لأنه المتیقن من نفوذ عقد الفضولی الملحوق بالإجازة.

قال الشیخ: و لو أجاز المریض بنی نفوذها علی نفوذ منجزات المریض...

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۵۴

[...]

إلخ.

و ربما یورد علیه: بان منجزات المریض مختصة بالتصرفات المعاملیة دون شرائط تأثیرها، فلو کان عقد الصرف فی حال الصحة، و کان القبض فی حال المرض، لا تکون هذه المعاملة من المنجزات، و الإجازة شرط لتأثیر عقد الفضولی، فلا یضر وقوعها فی حال المرض و لا یوجب دخولها فی المنجزات.

و لکن یدفعه ان للإجازة حیثیتین: احداهما: حیثیة الرضا. الثانیة: حیثیة الانتساب الی المالک. و هی من الحیثیة الثانیة بنفسها تصرف معاملی و موجبة لصیرورة التصرف تصرف المالک، فالحق ان الإجازة فی حال المرض من المنجزات لا من قبیل شرائط تأثیر العقد.

عدم اشتراط کون العقد له مجیز فی الحال

الثانی: اختلفوا فی انه هل یشترط فی صحة عقد الفضولی وجود مجیز حین العقد ام لا؟.

و ما یحتمل ان یکون محل الکلام بین الأعلام فی بادئ النظر امور:

أحدها: انه هل یعتبر وجود ذات المجیز حین العقد ام لا یعتبر ذلک؟ و إلی هذا نظر البیضاوی فی إیراده علی المصنف ره: بانه لا یتم علی مذهب الخاصة من وجود الإمام (علیه السلام) فی کل عصر.

و لکن یمکن دفع إیراده: أولا: بالنقض بانه لا یتم علی مذهبهم ایضا من وجود خلیفة المسلمین فی کل عصر.

و ثانیا: انه فی نکاح الصغار یکون الولی منحصرا بالأب و الجد و الوصی علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۵۵

[...]

خلاف فیه. هکذا قیل.

ثانیها: انه هل یعتبر ان یکون مجیز فعلی حین العقد بان یکون متمکنا من الإجازة ام لا یعتبر؟.

ثالثها: انه هل یعتبر ان یکون المجیز جائز التصرف حین العقد شرعاً ام لا یعتبر ذلک؟ فلو فرضنا ان بیع مال الصغیر لم تکن فیه مصلحة حین البیع ثمّ حدثت المصلحة فیه بعد هل للولی ان یجیزه من جهة انه و ان لم یکن التصرف جائزاً له حین البیع لعدم المصلحة الا انه یجوز له حین الإجازة، ام لا؟.

و الظاهر ان محل النزاع هو الأخیر دون الأولین، اما الثانی منهما فلوضوح عدم اعتبار مجیز فعلی، و لذا لو کان المالک نائما أو غائبا لم یتوهم من القائلین بصحة الفضولی فساده و عدم جواز الإجازة بعد الحضور و الیقظة.

و أما الأول: فلعدم ملائمته مع ما مثلوا له ببیع مال الیتیم، فمورد النزاع هو الثالث.

و کیف کان: فقد استدل لاعتبار بوجهین:

الأول: ان صحة العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنعت فی زمان امتنعت دائما، و قد ذکروا فی توضیح هذا الوجه أمرین:

أحدهما ما افاده المحقق الإیروانی ره، و هو: ان بناء هذا علی أمرین: أحدهما: القول بالکشف فی الإجازة، الثانی ان العام إذا خصص بخروج فرد منه فی زمان لم یرجع إلیه فی ذلک الفرد فیما عدا ذلک الزمان، فیقال حینئذ ان العقد إذا لم یکن له من یصح بإجازته حال العقد امتنع دخوله تحت خطاب أَوْفُوا فإذا امتنع شمول أَوْفُوا له فی هذه الحال لم یؤثر من مبدأ وقوعه، فإذا لم یؤثر من مبدأ وقوعه لم یؤثر أبدا، لأن الفرد إذا خرج عن العام فی زمان خرج عنه رأسا، و لم یرجع إلیه ثانیا بعد

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۵۶

]...[

خروجه عنه أولا.

و فیه: ان الکبری الکلیة المشار إلیها انما هو فیما إذا خرج فرد عن تحت العام فی الأثناء لا فیما إذا خرج عنه من الأول کما فی المقام. و تمام الکلام فی محله.

الثانی: ما افاده المحقق الأصفهانی ره، و حاصله: ان عقد الفضولی انما یفترق عن العقود الفاسدة بکونه قابلا للتأثیر بالإجازة، فلا بد و ان یکون جامعا لجمیع مراتب الإمکان الاستعدادی، بحیث لا یستند عدم فعلیة التأثیر الا الی عدم الإجازة، فإذا لم یمکن الإجازة حال العقد یکون العقد غیر واجد لجمیع مراتب الإمکان الاستعدادی، لان منها الإمکان من ناحیة إمکان الإجازة، فإذا امتنعت الإجازة فعلا امتنعت الصحة التأهلیة فعلا، و إذا امتنعت الصحة التأهلیة فی زمان امتنعت دائما، لان ما به یتفاوت حاله بتفاوت الزمان هی الصحة الفعلیة التابعة لوجود شرط الصحة الفعلیة لا الصحة التأهلیة.

و فیه: ان المراد من الامتناع ان کان هو الامتناع الذاتی فالصغری ممنوعة، و ان کان المراد الامتناع العرضی ای الامتناع لعدم وجود جمیع اجزاء المؤثر، فالکبری ممنوعة، فان الامتناع حینئذ یدور مدار فقد بعض ما یعتبر فیه.

و ان شئت قلت: ان عقد الفضولی الذی تمتنع اجازته حین العقد و یمکن تلک فیما بعد، یکون صحیحا بالصحة التأهلیة، لأنه یمکن تأثیره فیما بعد بلحوق الإجازة، و لیس معنی الصحة التأهلیة الا ذلک.

الوجه الثانی: لزوم الضرر علی المشتری لامتناع تصرفه فی العین لإمکان عدم الإجازة، هذا علی الکشف و لعدم تحقق المقتضی هذا علی النقل، و لا فی الثمن لإمکان تحقق الإجازة فیکون قد خرج عن ملکه.

و فیه: - مضافا الی النقض بجمیع موارد عقد الفضولی کما تقدم- تقریبه فی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۵۷

]...[

التنبیه السادس من تنبیهات الإجازة، و الجواب عنه هو ما ذکرناه فی ذلک التنبیه، و هو: تدارک الضرر بعدم لزوم الوفاء علی الأصیل، فالحق عدم اعتبار هذا الشرط.

عدم اشتراط کون المجیز جائز التصرف حین العقد

اشارة

الثالث: هل یشترط فی المجیز کون المجیز الفعلی نافذ التصرف حین العقد، ام لا یعتبر ذلک، ام هناک تفصیل؟ وجوه:
و قبل الشروع فی المطلب ینبغی تقدیم امور:
الأول: انه بناء علی کون البحث فی الأمر السابق فی اعتبار وجود المجیز، الفرق بینه و بین هذا واضح، و اما بناء علی کون البحث فیه فی انه هل یعتبر وجود مجیز جائز التصرف شرعا حین العقد ام لا- فالفرق بین الأمرین ان البحث هناک کان فی اعتبار وجود مجیز جائز التصرف حین العقد و عدمه، و فی المقام فی أنه هل یعتبر کون المجیز الفعلی نافذ التصرف حال العقد ام لا.
و بعبارة اخری: انه لو فرضنا اعتبار وجود مجیز جائز التصرف حال العقد، و کان موجودا حینه و لم یجز، و کان المجیز الفعلی غیره، کما لو بیع مال الصغیر مع وجود المصلحة و أهمل الولی و لم یجز حتی بلغ فأجاز نفسه، فان المجیز الفعلی لا یکون نافذ التصرف حین العقد و ان کان مجیز نافذ التصرف موجوداً حینه، هل یکفی ذلک ام لا؟.
الثانی: انه ربما یورد علی الشیخ ره حیث جعل الصغر و السفه و الجنون من باب عدم المقتضی، مع انها اما موانع، أو أن البلوغ و الرشد و العقل شرائط التأثیر، فان المقتضی للسلطنة علی التصرف فی المال إضافته الی المتصرف، أو اذن من له الإضافة فهذه الأمور اجنبیة عن المقتضی.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۵۸
[...]

و لکن یمکن دفعه: بان نظره الشریف الی ان عدم نفوذ التصرف تارة: یکون لقصور من ناحیة المتصرف، و اخری: یکون من جهة سلطنة الغیر ایضا علی المال، و عبّر عن الأول بعدم المقتضی، و عن الثانی بوجود المانع، و علیه فیصح ان یقال: ان عدم المقتضی اما لعدم الملک أو لجنون المالک ان سفاهته أو صغره، و به یظهر الفرق بین هذه الأمور و بین حق الرهن المتعلق بالمال.
الثالث: ان السید ره و غیره أوردوا علی الشیخ ره فی جعله المسألة الثالثة و هی ما لو باع معتقدا لکونه غیر جائز التصرف فبان کونه کذلک من مسائل هذا العنوان، مع انها اجنبیة عنه.
و یمکن دفعه: بان المراد من عدم الجواز فی العنوان عدم الجواز الفعلی لا عدم الجواز الواقعی، فالمجیز ربما لا یکون جائز التصرف واقعا کما فی الأولی و الثانیة، و اخری لا یکون جائز التصرف فعلا کما فی الثالثة.
الرابع: ان الشیخ ره جعل المسألة الأولی أعم مما کان عدم الجواز لمانع کالرهن، أو لعدم المقتضی بالتفسیر الثانی من جهة وحدة ملاک البحث، کما انه جعل المسألة الثانیة- و هی عدم الملک حال العقد- مسألتین لتعدد الجهة من حیث الإجازة و عدمها.
إذا عرفت هذه الأمور تعرف ان ما سلکه الشیخ ره فی عنوان هذا البحث و تشقیقه الشقوق هو الصحیح.
و کیف کان: فالکلام یقع فی مسائل:
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۵۹
[...]

لو کان المالک حین العقد غیر جائز التصرف

المسألة الاولی: ان یکون المالک حال العقد، هو المالک حال الإجازة لکن المجیز لم یکن حال العقد جائز التصرف لحجر، فهل

یصح البیع بالإجازة ام لا؟.

و الکلام فی هذه المسألة یقع فی جهات:

الأولی: فی صحة بیع ما هو متعلق حق الغیر.

الثانیة: فی عتقه.

الثالثة: فی احتیاج صحة البیع الی الإجازة بعد ارتفاع الحجر و عدمه.

الرابعة: فی جریان نزاع الکشف و النقل فی رافع الحجر و عدمه.

الخامسة: فی بیع الصبی و المجنون و السفیه.

اما الجهة الأولی: فقد استدل علی فساد البیع: بان البیع تصرف فی ما هو متعلق حق الغیر فلا یجوز، و النهی عن المعاملة یدل علی الفساد.

و فیه: ان البیع لیس تصرفا فی العین، مع انه لو کان حراما لم یکن وجه لفساده، إذ النهی عن المعاملة لا یدل علی الفساد، و قد تقدم تقریب کلا الجوابین.

و أما الجهة الثانیة: فقد ذهب المحقق النائینی ره الی انه ملزم علی العتق، فلا بد اما من لزوم أداء الدین و فک الرهانة علی الراهن، و اما من استسعاء العبد فی فکاک رقبته بفک الرهانة.

و استدل له: بان الإجازة انما تؤثر فیما یؤثر الرد فیه، و رد الحر الی الرق غیر ممکن، و بأن تأثیر العتق من الراهن- حیث انه مالک للعین- لا اشکال فیه، خصوص مع کون العتق مبنیا علی التغلیب.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۶۰

]...[

و یرد علی الأول: ان الرد المقابل للإجازة رد العقد لارد نتیجته، فعدم إمکان رد الحر الی الرق غیر عدم إمکان رد العتق نفسه.

و بعبارة اخری: إذا کان العتق مراعی بالإجازة فلو اجازه یتحقق و تترتب علیه الحریة، و لو رده لا یصیر حراً کی یلزم منه رجوعه الی الرق.

و یرد علی الوجه الثانی: ان کون العتق مبنیا علی التغلیب معناه انه لو انعتق مقدار من العبد یتعین عتق الباقی، لا- انه لو تعلق العتق المراعی به یکون ملزما علیه. فتدبر.

فالأظهر عدم الفرق بین العتق و البیع فی ذلک.

اما الجهة الثالثة: فالأظهر عدم الاحتیاج الی الإجازة إذ الاحتیاج إلیها انما هو لتحقیق الاستناد المتحقق فی المقام بدونها.

و أما الجهة الرابعة: فقد یقال: انه لا یجری نزاع الکشف و النقل فی مثل فک الرهانة و اسقاط المرتهن و نحوهما من جهة ان حق المرتهن إذا کان مانعا عن تأثیر العقد فحکم الفک و الاسقاط حکم القبض فی باب الصرف و السلم، لأن عدم المانع من اجزاء العلة، فملکیة المشتری کما تتوقف علی القبض فی البابین، کذلک تتوقف ملکیة مشتری العین المرهونة علی خروج العین عن کونها مخرجا للدین، فلا تتحقق الملکیة قبل ذلک.

و فیه: ان الکشف بالمعنی الذی ذکرنا فی الإجازة انه غیر معقول لا یکون فی الفک و الاسقاط لما ذکرناه، مضافا الی ان لازمه خروج العین عن کونها وثیقة، و اما بالمعنی المعقول فی الإجازة، فیمکن البناء علیه فی المقام ایضا، و الدلیل علیه حینئذ هو العمومات بالتقریب المتقدم هناک.

و یؤید ذلک بل یدل علیه، انه لو باع العین المرهونة غیر المالک ثمّ بعد فک

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۶۱

[...]

الرهن أجاز المالک ذلک العقد، لا شبهة فی انه یلتزم بالکشف فیها من یلتزم بالکشف فی الإجازة مطلقا.

و أما الجهة الخامسة: فلو باع غیر المالک فأجازه الولی لا کلام، و لو صار بنفسه جائز التصرف فأجاز یکون من صغریات ما تقدم فی الأمر الأول.

و الکلام فی المقام انما هو فیما لو باع بنفسه، فان بنینا علی انه مسلوب العبارة لا کلام فی البطلان، و الا فلو صار کذلک فأجاز صح البیع لکونه عقداً اجازه المالک، و لا یتوهم فی المقام عدم الاحتیاج الی الإجازة- کما ذکرناه فی بیع المرهون- فانه یدفعه ان العقد فی حال الإنشاء و ان کان مستندا الی المالک تکوینا الا ان الشارع الأقدس الغی هذا الاستناد، فیحتاج الی الإجازة تحقیقاً للاستناد.

من باع شیئا ثمّ ملک

اشارة

الثانیة: ان یتجدد الملک بعد العقد فیجیز المالک الجدید سواء کان هو البائع أو غیره.

لکن المعنون فی کلمات الأصحاب هو الأول و هو ما لو باع شیئا ثمّ ملکه، و هذه تتصور علی صور الا ان المهم منها اثنتان.

احداهما: ما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه و أجاز، و الأقوال فیها ثلاثة:

الأول: البطلان اختاره صاحب المقابیس ره.

الثانی: الصحة مع الإجازة، اختاره المحقق و الشیخ ره و جمع آخرون.

الثالث: الصحة بدون التوقف علی الإجازة، نسب ذلک الی الشیخ ره، و فی النسبة ما لا یخفی، فان منشأها إفتاؤه بصحة بین النصاب فی الزکاة ایضا ان اغترم حصة الفقراء، مع انه یمکن ان یکون ذلک من جهة ذهابه قده الی ان تعلق الزکاة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۶۲

[...]

بالعین من قبیل حق الرهانة أو الجنایة، و یمکن ان یکون للنص الخاص «۱».

و کیف کان: فقد استدل الشیخ للصحة- مضافا الی العمومات-: بالأصل:

و فیه: انه ان أراد بالأصل هو أصالة الصحة، فیرد علیه: ان الأصل فی المعاملات هو الفساد، و ان أراد به أصالة البراءة، فیرد علیه، انه ره بنی علی عدم الرجوع إلیها عند الشک فی جزئیة شیء أو شرطیته للأسباب فی باب المعاملات- کما تقدم منه فی مقدمة الکتاب- فلا محالة یکون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات، و لکن علی المختار لا بأس بالاستدلال به ایضا، فمقتضی العمومات و الأصل هی الصحة.

و قد استدل للبطلان بأمور:

الأول: انه قد باع مال الغیر لنفسه، و قد مر الاشکال فیه، و ربما لا یجری فیه بعض ما ذکر هناک من الأجوبة عن ذلک الاشکال.

و أجاب عنه الشیخ ره: بان الأقوی صحته، و ربما یسلم هنا عن بعض الإشکالات الجاریة هناک مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاوضان.

توضیح المقام: ان عمدة الأشکال فی تلک المسألة انما هی أمران.

أحدهما: انه بناءً علی اعتبار دخول العوض فی کیس من خرج عن کیسه المعوض، و بالعکس الفضولی البائع مال الغیر لنفسه غیر قاصد لحقیقة المعاوضة و البیع.

الثانی: مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

اما الاشکال الأول: فلو تم ما ذکروه جوابا عنه فی تلک المسألة من ان الفضولی انما یبیع للمالک و یبنی علی انه هو المالک، جری ذلک فی المقام.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۵- من أبواب ما تجب فیه الزکاة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۶۳

]...[

و ما افاده المحقق النائینی ره فی المقام من: ان مبنی هذا الجواب علی ان الغاصب سارق الإضافة و یری نفسه المالک، و هذا لا یجری فی المقام لأنه لم یسرق الإضافة و لم یغصب المال، و علیه فلیس له قصد المعاوضة، ثمّ قال: الا ان یقال ان قصد البیع لنفسه حیث یقع ممن یطمئن بتملک المبیع، فکأنه یری نفسه صاحب المال بالمشارفة فیبیع ما یملکه فعلا- بلحاظ ملکه فیما بعد. یرد علیه: أولا: ان الجواب المذکور لا یختص ببیع الغاصب، بل هو جار فی کل ما یبیع مال الغیر لنفسه، و لا فرق علیه بین ان یملکه فیما بعد و عدمه.

و ثانیا: انه لو لم یکن قاصداً لذلک لم یفد ما افاده أخیرا، فان من یطمئن بانه سیملک لا یری نفسه مالکا بالفعل، فلا یقدر علی قصد المعاوضة الا بالبناء علی المالکیة فیرجع الی ما تقدم.

و أما الاشکال الثانی: فأجابوا عنه هناک: بانه بعد فرض کون البائع قاصدا للبیع للمالک، و بانیاً علی انه هو المالک، الإجازة من المالک تتعلق بالأول دون الثانی، فلا یلزم مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، و هذا الجواب لا یجری فی المقام، فان البائع انما یبیعه للمالک و حین الإجازة یجیز وقوع العقد لنفسه غیر المالک حین العقد، فمن وقع له العقد غیر من یجیز المجیز وقوع العقد له.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۶، ص: ۶۳

فتحصل: ان ما افاده المحقق صاحب المقابیس هو الصحیح علی هذا المسلک، و لکن ما ذکرناه هناک فی وجه التصحیح و دفع هذا الاشکال- من انه لو باع لنفسه مع عدم البناء علی المالکیة فأجازه المالک صح و وقع للغاصب، و لو باع لنفسه مع البناء علیها، فحیث ان انشاءه بالمطابقة یدل علی تملک المعوض، و بالالتزام یدل علی المبادلة المذکورة، فیصح للمالک اجازة هذا المدلول الالتزامی فیقع له، کماله اجازة المدلول المطابقی فیقع للغاصب- یجری فی المقام کما لا یخفی، فالأظهر عدم تمامیة هذا الوجه.

الثانی: ان بیع الفضولی لأبد و ان یکون واجداً لجمیع ما یعتبر فی صحة البیع

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۶۴

]...[

سوی الإجازة، بحیث لو لحقته الإجازة صح فعلا، و حیث ان من جملة شرائط صحة البیع التی باجتماعها یصیر البیع صحیحا بالصحة التأهلیة- و لا ینتظر فی ترتب الأثر علیه سوی الإجازة- کون من یراد وقوع البیع له قادرا علی التسلیم و إمکان الرضا منه- کما فی عقد الفضولی فی سائر المقامات و المقام لیس کذلک- فان من یراد وقوع البیع له هو الفضولی، و هو حین العقد غیر واجد للقدرة المؤثرة

فی النقل- ای قدرة من بیده امر المال و کذلک رضاه- فهذا البیع الفضولی غیر صحیح بالصحة التأهلیة، فلا یمکن تصحیحه بالإجازة. هذا غایة ما یمکن ان یقال فی توجیه هذا الأمر.

و الجواب عنه: ان المراد من اعتبار الرضا فی المالک ان کان هو اعتبار رضا من یلتزم بالمعاملة و یصیر مخاطبا بخطاب أَوْفُوا ففی المقام موجود، فان حال الإجازة هو حال إنفاذ المعاملة، و ان کان المراد منه اعتبار رضا المالک فی حال العقد، فیرد علیه: انه غیر معتبر قطعا لأنه فی اغلب موارد بیع الفضولی لا یکون ذلک موجودا اما للکراهة أو للغفلة أو لغیرهما، و لم یتوهم احد فساد المعاملة من هذه الناحیة، و علی ای تقدیر لا دلیل علیه.

و ان کان المراد منه اعتبار رضا من هو مالک حال العقد، فهو أول الدعوی، و لا دلیل علیه.

و أما القدرة علی التسلیم فظاهر کلام الشیخ ره تسلیم اعتبار قدرة المالک حال العقد، و هو ایضاً لا دلیل علیه، بل الدلیل من القاعدة و غیرها انما یقتضی اعتبار قدرة من هو ملتزم بالمعاملة، و تنتسب هی إلیه. و حیث ان حال الإجازة حال الالتزام بها و إنفاذها، و المفروض وجودها حینها، فلا حالة منتظرة لصحة البیع، و لو سلم اعتبار قدرة المالک حال العقد، فیرده الشیخ ره من: ان الکلام بعد فرض استجماع العقد لجمیع الشرائط

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۶۵

[...]

الثالث: ان الإجازة کاشفة فی موارد صحتها، و الالتزام به فی المقام مستلزم لخروج المال عن ملک بائعه قبل الدخول فی ملکه.

و أجاب عنه الشیخ ره بما حاصله: انّا نلتزم فی المقام بخروج المال عن ملک المجیز من أول أزمنة قابلیته، لأنه لا مانع عقلا و لا شرعا من کون الإجازة کاشفة من زمان قابلیة تأثیرها، و علیه فإذا صدر العقد و رضی المالک الفعلی به و اجازه یقع البیع له، و لازمه خروج المال عن ملکه من أول أزمنة قابلیته للتأثیر.

أقول: ان الذی یلوح من صدر کلامه و یصرح به فی آخره: انه ره ظن ان صاحب المقابیس لا کلام له فی وجود المقتضی للصحة، و انما کلامه فی وجود المانع، فأجاب عنه: بان المانع انما یمنع عن التأثیر فی الملکیة من حین العقد، و لا یمنع عن التأثیر فی الملکیة من بعد حصول الملک للبائع.

و لکن الظاهر من کلامه ره انه لا مقتضی للصحة، و حاصل ما افاده: ان دلیل صحة بیع الفضولی و القول بالکشف دلیل واحد، و هو ان العقد انما هو نقل من حینه، و الإجازة تتعلق بهذا، و الإمضاء الشرعی متعلق بذلک ایضا، و حینئذ ففی المقام لا یمکن شمول العمومات و أدلة الإمضاء للعقد، فلا مقتضی للصحة، و ذلک لأنه ان التزمنا بشمولها له و صیرورته ملکا للمشتری من حین العقد لزم خروج الملک عن ملکه قبل دخوله فیه، و ان التزمنا بشمولها له و الانتقال إلیه من بعد صیرورته مالکا لزم الالتزام بالتبعیض فی مضمون العقد، مع انه امر واحد و التزام فأرد متعلق بنقل المال من حینه الی الأبد، و لا یتعدد بتعدد الزمان کی یقال بتعلق الإمضاء ببعضه دون بعض، بل هو امر واحد اما یمضیه الشارع من الأول أولا یمضیه، فلا یقع الی الأبد. و فی باب الصرف و السلم دل الدلیل الخاص علی حصول النقل و الانتقال من بعد القبض، و هو فی المقام مفقود، فعلی هذا المسلک فی الکشف لا مناص عن البناء علی البطلان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۶۶

[...]

فی المقام.

نعم بناءً على ما سلكه الشيخ ره من ان العقد لا يكون مفاده سوى التمليك، و الإجازة متعلقة بذلك و الإمضاء متعلق به ايضا، و لم يؤخذ الزمان فيه ابداً و انما يبنى على الكشف للنصوص الخاصة، صح البناء على الصحة فى المقام للعمومات، كما انه بناء على ما اخترناه فى الكشف من الالتزام بالكشف الانقلابى بالنحو المعقول كما تقدم لا يلزم ذلك، إذ المال من حين العقد الى شراء البائع و انتقاله إليه ملك لمالكه الأول، و من ذاك الوقت الى زمان الإجازة ملك للمجيز، و بعد الإجازة يعتبر ملكية المشترى الأول من حين العقد، فالخروج انما يكون من حين الإجازة فلا يلزم الخروج قبل الدخول، و اما الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول، لأنه مقتضى شمول العمومات و خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

الرابع: ان صحة العقد الأول تتوقف على صحة الثانى كى يصير المال ملكا للمجيز فيجيز، و صحة الثانى تستلزم ملكية المالك الأصلى إلى حين العقد الثانى، فعلى الكشف يلزم اجتماع المالكين- اى المشترى الأول و المالك الأصلى- قبل العقد الثانى و بعد الأول على مال واحد فى زمان واحد، و هو من اجتماع الضدين، و يلزمه اجتماع النقيضين، إذ لازم وجود احد الضدين عدم الآخر. و الجواب عن ذلك بعد الالتزام بالكشف من حين العقد الثانى واضح.

انما الكلام فى المقام فى الإشكال العام الذى أوردوه على القول بالكشف (و يذكر ذلك فى المقام لمناسبة غير خفية) و هو: ان صحة الإجازة تتوقف على كون المجيز مالكا، لأن اجازة غير المالك كالعدم، و المفروض انها توجب ملكية المشترى قبلها، فيلزم بعد العقد و قبل الإجازة اجتماع مالكين على مال واحد، و الشيخ ره يسلّم الإشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۶۷

]...[

أقول: الحق ان يقال فى الجواب عن ذلك: انه لم يدل دليل على لزوم اتصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هى اجازة بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمام ذلك بيد المجيز كى يكون النقل عن ملكه بإجازته و إمضائه، و عليه ففى المقام بما ان زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف، فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان و هو متحقق على الفرض.

هذا على الكشف بالمعنى المشهور، و اما على الكشف المختار فالإشكال غير وارد أصلا لفرض اتصال مليكته بالإجازة كما لا يخفى، مع انه يمكن ان يقال بكفاية كونه ملكا له ان لم يجز، و ان لزم من الإجازة كونه ملكا لغيره، و نظيرها فى ذلك الإقرار على ما فى اليد بانه للغير، فانه لو لا الإقرار على ان ما فى يده للغير يكون له، و ان كان بالإقرار يكون لغيره.

و الظاهر ان هذا مراد صاحب المقابيس من قوله يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهرا فلا يرد عليه ما افاده الشيخ ره: بان المالك الظاهرى انما تجدى اجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة.

الخامس: ان الإجازة لما كشفت عن صحة العقد الأول لزم منه كون المال حين العقد الثانى ملكا للمشترى الأول، فصحة الثانى تتوقف على اجازته، و هى تتوقف على صحة الأول المتوقفة على اجازة المشترى الثانى، و حيث ان اجازته تتوقف على صحة الثانى المتوقفة على اجازة المشترى الأول فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر، و ايضا يلزم توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشترى غير الفضولى، و هو محال فان لازمه عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثمن، و تملك المشترى الأول المبيع بلا عوض، اما عدم تملكه المثمن فلفرض انتقاله عنه بالبيع، و اما عن تملكه الثمن فلأن العقد الأول ينتقل ثمنه الى المالك الثانى و الثمن

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۶۸

]...[

فى العقد الثانى ينتقل الى المشترى الأول لوقوعه فى ملكه، فيلزم انتقال المثمن و الثمن فى العقد الثانى الى المشترى الأول.

اما كون اللازم الأول محالا فلأن حقيقة البيع هى المعاوضة، و مقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع، و تملك المثمن على تقدير عدم البيع، فعدم تملك شيء منهما مستلزم لارتفاع النقيضين، و اما كون الثانى محالا فلأن مقتضى المعاوضة ان يتملك المشترى بعوض بعينه، و لا يعقل تحققهما و تخلف مقتضاها عنها.

و أجاب الشيخ ره عن هذا الإيراد: بانه يرد على القول بالكشف من حين العقد، و لو التزمنا بالكشف من حين العقد الثانى فلا يلزم محذور أصلا.

و أجاب السيد المحشى ره عن لزوم توقف كل من الإجازتين على الأخرى و صحة العقد الثانى على اجازة المشترى الأول: بان بيع مال الغير انما يكون موقوفا على اجازته إذا كان ذلك المال ماله، مع قطع النظر عن هذا البيع، و فى المقام انما تحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع و الإجازة، و مثل هذا لا يعقل ان يكون موقوفا على الإجازة فصحة العقد الثانى، و اجازة المشترى الثانى لا تتوقفان على اجازة المشترى الأول.

و فيه: ان جميع ما ذكر دليلا على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على اجازته يدل على توقفها عليها فى المقام. فالحق ان يقال: ان هذا المحذور انما يلزم على القول بالكشف المشهور، و اما على الكشف المختار فان بنينا على الكشف من حين العقد الثانى- كما مر- فالأمر واضح، و اما ان قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأول، فحيث ان العقد الثانى واقع فى ملك الأصلى فيصح بلا توقف على شيء و ينتقل ثمنه إليه، فإذا أجاز المشترى العقد الأول الذى أوقعه فضولا لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الأول بنحو النقل فى الملكية و الكشف فى المملوك، و هذا لا يلازم

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۶۹

[...]

الكشف عن وقوع العقد الثانى فى ملك المالك بالفعل، فان هذا الاعتبار وارد على العقد. فتدبر فان دقيق.

السادس: ان العقد الأول انما يصح بالإجازة، و من شرائطها عدم مسبوقيتها بالرد، و العقد الثانى يستلزم الرد، فانه لا يجامع العقد الثانى صحة الأول المقتضية لتملك المالك الثمن الأول، فلا محالة يكون الثانى فسخا للأول و ان لم يعلم بوقوعه. فلا تجدى الإجازة المتأخرة.

و أجاب عنه الشيخ ره: بان الرد و الفسخ تارة: يكون بإنشائه قولا أو فعلا، و اخرى: يكون بفعل ما يفوت محل الإجازة. و الثانى على قسمين: أحدهما: ما يفوت محلها فيترتب عليه انحلال العقد رأسا. ثانيهما: ما يفوت محلها بالنسبة الى الفاعل فلا مانع من بقاء العقد بالإضافة الى غيره.

و فى المقام بما انه لم ينشأ الرد كما هو المفروض، و البيع ليس كالعتق موجبا لعدم بقاء المحل رأسا كى ينحل العقد رأسا، بل هو موجب لفوت محلها بالإضافة الى المالك لخروج المال عن ملكه، و اما الفضولى الذى اشتراه فمحل الإجازة بالإضافة إليه باق فلا مانع من شمول ادلة النفوذ له، و لا يقاس ذلك بتصرف ذى الخيار من جهة انه ينحل هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه، فانه هناك لو لم ينحل العقد لم يجز التصرف لعدم كونه ملكه، و هذا بخلاف المقام كما هو واضح.

و ما افاده المحقق النائينى ره من: انه إذا كان فعل مفوتا لمحل الإجازة بالإضافة الى المتصرف كان مفوتا لمحلها بالإضافة الى غيره ايضا، إذ البيع عبارة عن تبديل طرفى الإضافة مع اعتبار تعلق الإضافة بشخص خاص، فمن كان مالكا حين العقد من جهة فوت محل الإجازة بالإضافة إليه ليس له الإجازة، و الفضولى الذى اشترى المال لم يكن احد طرفى الإجازة، فليس له ذلك ايضاً كما ليس له الرد. يرد

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۷۰

]...[

علیه: ان مآل هـذا الی انه لا تطابق بین ما وقع علیه العقـد و ما تعلقت به الإجازهٔ، و هذا هو الإشـكال الثانی، و الجواب عنه قد تقدم، و الكلام فی المقام فی هذا المحذور المذكور من حیث هو.

و مـا اورده المحقق الإیروانی ره علیه بان: البیع لشـیء إنشاء لرد كل عقـد وقع علیه علی سبیل الإجمال و ان لم یلتفت الی العقـد و لم یعلم به، فكـل فعـل للمنـافی فهو إنشاء للرد فلا وجه للتفصـیل بین إنشاء الرد و فعل ما ینافیه. یمكن دفعه: بان إنشاء الرد انما هو كسائر الإنشاءات متقوّم بالقصد و بدونه لا یتحقق، فما افاده الشیخ ره متین.

نعم ما ذكره أخیرا فی وجه كون الفعل المنافی موجبا لانفساخ العقـد فی البیع الخیاری یمكن ان یورد علی: بانه إذا لم یكن الفعل فی نفسه مسـتلزما لإنشـاء الرد لم یرد الاـ بـذلك، لأـنه لا محـذور فی الالتزام بوقوعه فی ملك الغیر، و أصالـهٔ الصـحهٔ فی الفعل لا تصـلح لإثبات تحقق قصد الرد. فتدبر، مضافا الی انه تقدم عدم قدح الرد فی تأثیر الإجازهٔ.

السابق: النصوص الخاصهٔ، و هی طائفتان:

الأولی: الاخبار المستفیضهٔ الحاكیهٔ لنهی النبی صلّی اللّه علیه و آله عن بیع ما لیس عندك، و قد تقدم «۱» فی أوائل بیع الفضولی انها بحسب السـند لا كلام فیها. و تقریب دلالتها: انها تدل علی فساد البیع المذكور مطلقا بالنسبهٔ الی المالك و المخاطب، أو بالنسـبهٔ الی خصوص المخـاطب. و باطلاقها تـدل علی عـدم وقوع البیع للبـائع و لو صـار ملكا و أجاز، بل الظاهر منها ارادهٔ حكم خصوص صورهٔ تملكه بعد

(۱) ج ۱۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۷۱

]...[

البیع و الا فعدم وقوعه له قبل تملكه لا یحتاج الی البیان.

و أجـاب عنهـا الشـیخ ره: بأنها تـدل علی عـدم ترتب الأثر المقصود من البیع علی هـذا البیع، و هـذا لا ینافی ترتب الأثر علیه إذا لحقه الإجازهٔ.

و فیه: ان مقتضـی إطلاقها عدم ترتب الأثر علیه و ان أجاز و أجابوا عنها بأجوبهٔ أخر أحسنها جوابان- و قد تقدما-: أحدهما: ان الظاهر البدوی من النبوی النهی عن بیع ما لیس حاضـرا عنده، سواء كان مملوكا له ام لا، قد علی تسلیمه ام لا، كلیا أو شخصیا، و حیث انه لا یمكن الالـتزام به تعین حمله، امـا علی النهی عن بیع مـا لیس مملوكـا له. أو علی النهی عن بیع ما لا یقـدر علی تسلیمه، و ان لم یكن الثانی اقرب لا كلام فی عدم اقربیهٔ الأول.

الطائفهٔ الثانیهٔ: النصوص الخاصهٔ: كصـحیح یحیی بن الحجاج عن ابی عبد اللّه (علیه السـلام) عن رجل قال لی: اشتر هذا الثوب و هذه الدابهٔ و بعنیها أربحك فیها كذا و كذا، قال (علیه السلام): لا بأس بذلك اشترها و لا تواجبه البیع قبل ان تستوجبها أو تشتریها «۱».

و خبر خالد بن الحجاج عنه (علیه السلام) عن الرجل یجئ فیقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. قال (علیه السلام): أ لیس ان شاء ترك و ان شاء أخذ؟ قلت: بلی قال (علیه السلام): لا بأس به انما یحلل الكلام و یحرم الكلام «۲».

و صحیح محمد بن مسلم عن ابی جعفر (علیه السلام) عن رجل أتاه رجل

(۱) الوسائل- باب ۸- من أبواب العقود حدیث ۱۳.

(۲) الوسائل- باب ۸- من أبواب العقود حدیث ۴.

[...]

فقال: ابتع لی متاعا لعلی أشتریه منک بنقد أو نسیئة فابتاعه الرجل من اجله قال (علیه السلام): لیس به باس، انما یشتریه منه بعد ما یملکه «۱».

و صحیح منصور عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) فی رجل امر رجلا یشتری له متاعا فیشتریه منه قال (علیه السلام): لا بأس بذلک انما البیع بعد ما یشتریه «۲».

و صحیح معاویة: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): یجیئنی الرجل یطلب منی بیع الحریر و لیس عندی منه شیء فیقاولنی علیه و أقاوله فی الربح و الأجل حتی نجتمع علی شیء ثمّ اذهب فاشتری له الحریر فادعوه فقال (علیه السلام): أ رأیت ان وجد بیعا هو أحب إلیه مما عندک یستطیع ان ینصرف إلیه و یدعک أو وجدت أنت ذلک ا تستطیع ان تنصرف إلیه و تدعه؟ قلت: نعم، قال: فلا بأس «۳».

و الشیخ ره أجاب عنها أولا بما حاصله: انها تدل علی المنع عن الإلزام و الالتزام من المتبایعین بآثار البیع قبل الاشتراء، فکذا بعده من دون حاجة الی الإجازة، و هذا لا ینافی الصحة مع الإجازة ثمّ رجع عن ذلک و التزم بدلالتها علی الفساد من جهة ان عدم ترتب الأثر المقصود علی عقد الّا مع انضمام بعض الأمور اللاحقة کالقبض و الإجازة لا یقتضی النهی عنه بقول مطلق، بل لأبد من النهی عنه مقیدا بتجرده عن ذلک القید. فالطلاق النهی یقتضی الفساد حتی مع الإجازة.

و الحق فی المقام ان یقال: ان الصحاح الثلاثة الأخیرة ظاهرة فی ارادة بیع الکلی، و تدل علی انه لا یجوز بیع الکلی فی الذمة ثمّ اشتراء بعض افراده و تسلیمه الی

(۱) الوسائل- باب ۸- من أبواب العقود حدیث ۸.

(۲) الوسائل- باب ۸- من أبواب العقود حدیث ۶.

(۳) الوسائل- باب ۸- من أبواب العقود حدیث ۷.

[...]

المشتری الأول، و قد اتفق النص و الفتوی خلافا للعامة علی جواز ذلک، فیتعین حملها علی التقیة- کما یظهر من بعض النصوص المجوزة- أو الکراهة.

و ما ذکره الشیخ ره من ان الحکم فی موردها و ان کان یحمل علی التقیة الا ان ذلک لا ینافی الأخذ بمقتضی عموم مفهوم التعلیل و هو یقتضی البطلان فی بیع الشخصی. یرد علیه: ان عموم التعلیل لا یقبل التبعیض بان یحمل علی التقیة أو الکراهة فی بعض موارده و هو الکلی، و الأخذ بظاهره فی مورده الآخر، لا سیما و ان مورد وروده الکلی، إذ بقاءه فی غیر مورد الأخبار و إلقائه فی موردها بعید جدا. فهذه النصوص ساقطة.

و أما خبر خالد بن الحجاج: فقد مر الکلام فیه فی مبحث المعاطاة و عرفت انه قاصر سندا و دلالة، اما الأول: فلدوران الراوی بین ابن

بختج و ابن الحجاج و الأول مجهول.

و أما الثانی: فلأن الظاهر منه ثبوت البأس فی صورة الزام المواعد بقبول السلعة، و وجهه عدم تحقق البیع فی مفروض السؤال و یکون قوله (علیه السلام) انما یحلل الکلام و یحرم الکلام بیانا لذلک. لأن المراد بالکلام الالتزام البیعی، و المراد بالمحللیة و المحرمیة المنسوبة إلیه محللیة الإیجاب للمبیع علی المشتری و الثمن علی البائع، و محرمیة المبیع علی البائع و الثمن علی المشتری. و تمام کلام فی محله.

و أما صحیح یحیی: فالظاهر منه عدم لزوم البیع قبل الاشتراء. توضیح ذلک ان إیجاب البیع عبارة عن إقراره و إثباته علی الوجه الذی لا یبقی مجال لحله و فسخه من الطرفین بنحو یکون الاشتراء مقدمة للوفاء لا لتتمیم المعاملة- قبل استیجابها ای جعل البیع لازما علی نفسه- أو الاشتراء- ای التملک المجامع من الخیار- و النهی عنه ارشاد الی عدم تحققه، فیدل علی عدم لزوم البیع قبل ان یملک. و هذا مما لا کلام فیه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۷۴

]...[

فتحصل: ان شیئاً مما استدل به علی الفساد لا یدل علیه.

صور بیع من باع شیئا ثمّ ملک

قال المصنف فی محکی التذکرة: لا یجوز ان یبیع عینا لا یملکها و یمضی لیشتریها و یسلمها، و به قال الشافعی و احمد و لا نعلم فیه خلافا لقول النبی صلّی اللّه علیه و آله: لاتبع ما لیس عندک. و لاشتمالها علی الغرر فان صاحبها قد لا یبیعها و هو غیر مالک لها و لا قادر علی تسلیمها. انتهی.

و قال الشیخ: ان الواجب علی کل تقدیر هو الاقتصار علی مورد الروایات، و هوما لو باع البائع لنفسه و اشتری المشتری غیر مترقب لإجازة المالک و لا لإجازة البائع إذا صار مالکا، و هذا هو الذی ذکره العلامة فی التذکرة نافیا للخلاف فی فساده. انتهی.

و تنقیح القول فی المقام: ان البائع ربما یبیع لنفسه، و ربما یبیع لمالکه، و ثالثا یبیع للأجنبی.

اما الصورة الأولی: فتارة: یبیع منجزاً بحیث یری نفسه ملزما فی ذلک فیشتری المبیع من مالکه مقدمة للوفاء بعقده. و اخری: یبیع علی ان یکون العقد موقوفا علی الإجازة، و ثالثة: یبیع علی ان یکون اللزوم موقوفا علی التملک.

و الشیخ ره ادعی: ان المتیقن من النصوص هو الفرض الأول، و ان الأخیرین باقیان تحت العمومات المقتضیة للصحة، و استظهر من تعلیل العلامة ره للفساد بالغرر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۷۵

]...[

و عدم القدرة علی التسلیم: ان ما هو مفتی به عند الأصحاب هو هذا الفرض.

و اورد علیه المحقق النائینی ره، بما حاصله یرجع الی أمرین: أحدهما: ان الأخبار مطلقة، و المراد من التعلیق ان کان هو التعلیق البنائی فقد تقدم ان البناء القلبی لا یؤثر فی الصحة و الفساد فی باب المعاملات، و ان کان هو التعلیق فی المنشأ فقد اجمعوا علی بطلانه.

ثانیهما: انه لیس لتعلیق اللزوم علی التملک معنی محصل فی المقام، لأنه عبارة عن جعل الخیار، و هو انما یکون مقابلا للالتزام العقدی من المالک، و لیس العقد منسوبا الی البائع فی المقام. و الاسم المصدری غیر الحاصل لا معنی لجعل الخیار فیه.

و لكن ظاهر الشیخ ره اختیار الشق الأول و ادعائه ان مقتضی العمومات هی الصحة مع الإجازة فی جمیع الفروض، غایة الأمر فی الفرض الأول، و هو البیع المنجز، و الملزم عرفا ورد النهی عنه بالخصوص، و حیث انه ارشاد الی الفساد فیدل علی فساده.

و وجه استظهاره، ان متعلق النهی فی بعضها مواجبة البیع و إقراره المساوق لكونه منجزاً، و قوله (علیه السلام): انما البیع بعد ما یملكه فی بعضها الآخر، ظاهر فی ذلک، فان البیع ظاهر فی التملیک بالحمل الشائع المساوق للمنجز، إذ مع عدم الملكیة لا تملیک بالفعل لاتحاد الوجود و الإیجاد. و بهذا یندفع كلا الإیرادین: اما الأول: فواضح، و اما الثانی: فلأن المراد باللزوم المعلق علی التملیک لیس هو لزوم العقد شرعا، بل لزومه عرفا.

و له قده اختیار الشق الثانی. و دعوی الإجماع علی مبطلیة التعلیق، مندفعة بأنها تتم فی غیر القیود التی تكون صحة العقد متوقفة علیها. فراجع ما ذكرناه.

و اورد المحقق الإیرانی ره علی ما استظهره من تعلیل العلامة ره: بان الشراء مترقبا أو غیر مترقب لا أثر له فی رفع الغرر و حصوله و لا فی القدرة و عدمها، فان توطین

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۷۶

]...[

النفس علی رفع الید عن البیع عند عدم الإجازة كتوطین النفس علی الالتزام بالمبیع المجهول علی ای وجه كان فی عدم رفعه للغرر.

و فیه: ان البیع مترقبا للإجازة یوجب القطع بعدم الانتقال عن ملكه ما لم یدخل بدله فی ملكه، بخلاف ما إذا كان البیع منجزاً، فلا غرر فی الأول، كما ان البائع بعد تملكه یكون شرعا قادرا علی تسلیمه.

فتحصل: ان ما ذكره الشیخ ره تام، و ان كان ما افاده من الفساد فی الفرض الأول حتی مع الإجازة بعد التملک غیر تام كما تقدم.

و أما الصورة الثانیة: قد ذهب الشیخ ره الی انها غیر مشمولة لنصوص المنع، و هو كذلک، ثمّ أورد علی الحكم بالصحة فیها من جهة ان الإجازة لا متعلق لها لأن العقد كان إنشاءً للبیع عن المالک الأصلی، و لا معنی لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه. فأجاب عنه: بانه یمكن دفعه بما اندفع به سابقا الإشكال فی عكس المسألة: بان یكون البیع للمالک بما انه مالک بنحو تكون الحیثیة تقییدیة لا تعلیلیة.

و لكنّه یمكن ان یورد علیه: بانه فی عكس المسألة علی مبنی الشیخ ره- من ان حقیقة البیع هی المعاوضة- لا یتصور بیع الغاصب لنفسه الا بإیقاع البیع للمالک بما انه مالک و ادعاء انه المالک، فلذا التزموا بذلک، و اما فی المسألة فیمكن قصد كل من شخص المالک و ذاته و عنوان المالک، و كل منهما یجتمع مع قصد المبادلة، فوقوع البیع للمالک بعد الشراء و اجازته یتوقف علی اثبات كون البیع لعنوان المالک، و حیث لا سبیل إلیه فلا وجه للحكم بالصحة.

و أما بناءً علی ما ذكرناه من ان البیع لیس معاوضة بل حقیقته الإعطاء لا مجانا، فیمكن تصحیح هذه المعاملة للمالک الأول بإجازة المالک الثانی، و تصحیحها للثانی بالتقریب الذی ذكرناه فی عكسها. فراجع.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۷۷

]...[

و اما الصورة الثالثة: ففیها فرضان:

الأول: ان یكون ذلک الغیر موكلا اياه فی هذا البیع أو تحت ولایته.

الثانی: ان یكون أجنبیا عنه.

اما الفرض الأول: فالظاهر اتحاده مع الصورة الأولی من حیث الحكم و المدرک، إذ البیع للنفس ثمّ الاشتراء أعم من البیع بالمباشرة أو

التسبيب- هكذا قيل- و لكن الإنصاف ان دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى و عدم شمولها لهذا المورد قريبة جدا، فحكم الفرضين واحد و هو انه لو باع له بانيا على مالكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة أو بدونه- على تقدير عدمه- فان أجاز المالك صح للمالك على الأول، و لذلك الغير على الثانى. و ان ملكه الثالث فأجاز صح له، و ان ملكه البائع فأجازه صح له على التقدير الأول، و للبائع على الثانى.

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه

الثانية: ما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه قال الشيخ الظاهر بطلان البيع الأول.

و قد استدل له: بالأخبار المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقينا، و بما دل على اعتبار طيب النفس فى صحة التجارة و ترتب آثارهما «١»، إذ المفروض ان المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشترى الأول، و التزامه القبلى لم يكن الا التزاما بكون مال غيره له.

و لكن يرد عليه: ان ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقينا، من غير ان

---

(١) النساء آية ٣٠- الوسائل- باب ٣- من أبواب مكان المصلى حديث ١- ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ٧٨

[...]

يفصل بين كون البيع منجزا ام معلقا على تملك البائع أو اجازته، ينافى ما ذكره قبل أسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأول، اللهم الا ان يقال: ان مفروض كلامه فى المقام هو البيع منجزا.

و الصحيح ان يستدل له: بانه مع عدم الإجازة لا دليل على صحته، لأن العمومات مختصة بالبيع المستند الى المالك، و فى المقام لا يكون مستندا إليه، إذ المراد من الاستناد الى المالك ليس قيام الإنشاء به، بل المراد اضافة البيع الى المالك بما هو مالك، و هذا العقد قبل التملك لم يكن مضافا إليه لعدم التملك، و بعده لا يستند إليه لعدم الإجازة.

و بعبارة اخرى: الإضافة الى المالك امر قصدى لا قهرى، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

و قد استدل لعدم الحاجة الى الإجازة: بما دل على وجوب الوفاء بالعقود «١» و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط «٢». بتقريب: ان العقد صادر من هذا الشخص، و المانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، إذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، و بعد زوال المانع و صيرورته ملكا له لا مانع من توجه الأمر بالوفاء إليه.

و أجاب عنه الشيخ ره بجوابين: أحدهما: ان دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملا له، فيستصحب بعده، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام.

و فيه: ان عدم شمول العام له بالتقريب الذى ذكرناه لم يكن من جهة خروج

---

(١) المائدة آية ٢.

(٢) الوسائل باب ۶ من أبواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ٧٩

[...]

بعض الأفراد فى بعض الأزمان بـدليل مخصـص كى يقال انه من موارد استصـحاب حكم الخاص بعـد ذلك الزمان، بل كان من جهة عـدم تماميـة موضوع العام فى نفسه، إذ لا وفاء للالتزام بمال الغير، فالبائع قبل التملك غير داخل فى موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشـمولا لـدليل وجوب إكرام العـالم لعـدم كونه عالمـا، ثمّ صار كـذلك، فهل يتوهم فيه كونه مورداً لاستصـحاب عـدم وجوب الإكرام، مع انه لو سلم كونه مشمولا لدليل العام فى نفسه و خروجه بدليل مخصص بما انه يكون خارجا عنه من الأول لا من الوسط لا يكون موردا لاستصـحاب حكم الخـاص، مضافـا الى ذلـك كله مـا حققناه فى محله من كون المرجع عموم العام فى جميع الموارد لا استصحاب حكم الخاص. و تمام الكلام فى محله.

الثانى: معارضة العموم المذكور بعموم ما دل على «۱» سلطنة الناس على أموالهم، و «۲» عدم حلّها لغيرهم الا عن طيب النفس.

و قد يورد عليه: بان هذا يتم لو قلنا بدخوله فى ملكه و خروجه عن ملكه من دون رضاه، و اما إذا قلنا بدخوله فى ملك المشترى الأول بمجرد اشتراء البـائع- من جهـة ان البيع الأـول مقتض لـدخول المـال فى ملـك المشترى و كونه ملكـا للغير مـانع، فـإذا زال المـانع اثر المقتضى اثره- فلا يدخل فى ملكه بخروجه عن ملك مالكه الأصلى. فتأمل.

فالصـحيح ان يجاب عنه: بان العقد قبل التملك غير مستند الى المالك الفعلى، و بعده لا إجازة منه كى يستند إليه، و مع عدم الاستناد لا يكون مشمولا للعمومات. فالأظهر عدم الصحة ما لم يجز.

(۱) البحار ج ۱- ص ۱۵۴ الطبع القديم- و ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحديث.

(۲) الوسائل- باب ۳- من باب أبواب مكان المصلى حديث ۱- ۳.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۸۰

]...[

لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف

اشارة

المسألـة الثالثـة: ما لو باع معتقداً لكون غير جائز التصـرف فبان كونه جائز التصـرف، و عدم جواز التصـرف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية أو لعدم الملك، و على كل منهما اما ان يبيع عن المالك أو عن نفسه، فالصور اربع:

الأولى:

ان يبيع عن المالک فانکشف کونه وليا

، و اختار الشيخ ره فى هذه الصورة صحة البيع و عدم توقفها على الإجازة، و تبعه غيره و الوجه فى ذلك ان المفروض كونه و مليا فلا يكون فضوليا، و سائر الشـرائط من قبيل المصـلحة موجودة، فالعقد صادر من اهله واقع فى محله فتشـمله ادلة النفوذ و ان لم يكن البائع عالما به.

و دعوى ان العلم بالولايـة جزء الموضوع، مندفعة بكون ذلك خلاف ظاهر الأدلة من جهة ان الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا، و اناطتها بالعلم تحتاج الى دليل مفقود.

و اورد السيد قده عليه: بان العقد و ان صدر عمن كان نافذ التصرف الا ان المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالما بانه ولى ما

کان راضیا بهذا البیع الخاص، و مجرد موافقته للمصلحة لا یوجب لزومه علی الولی، إذ یمکن ان یکون هناك فرد آخر من البیع مثله فی الصلاح، فیکون الاختیار فی التعیین إلیه، فلا فرق بین هذه الصورة و بین ما لو بان کونه مالکا.

و بالجملة: یعتبر القصد الی النقل و الرضا به بعنوان انه مال المولی علیه، و المفروض عدمه فی الفرض.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۸۱

[...]

و فیه: ان الدلیل «۱» انما دل علی نفوذ تصرفات الولی فی مال المولی علیه بما فیه صلاحه، و لم یدل دلیل علی لزوم قصد عنوان المولی علیه بهذا العنوان، و القطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت الی الولایة لا یضر إذا کان راضیا بالفعل- فضلا عن احتماله- فإنّه من قبیل تخلف الداعی. فالأظهر هی الصحة و عدم التوقف علی الإجازة.

لو باع لنفسه و انکشف کونه ولیا

الصورة الثانیة: ان یبیع لنفسه و ینکشف کونه ولیا.

و ملخص القول فیها: انه بناءً علی ما افاده الشیخ ره فی بیع الغاصب لنفسه من انه انما یبیع للمالک بما هو مالک تحقیقا للمعاوضة لا بد من البناء علی الصحة و عدم الوقوف علی الإجازة، اما الصحة فلأن البیع واقع للمالک، و اما عدم الوقوف علی الإجازة فلصدوره عن رضا من له الولایة علی مثل هذا البیع فلا حاجة الی الإجازة.

و ما ذکره ره فی وجه الاحتیاج إلیها من عدم الوقوع علی الوجه المأذون فیه، یرد علیه: ان غرضه ان کان عدم کونه مأذوناً فیه تکلیفا فیرده: ما تقدم من عدم کون بیع الفضولی لنفسه أو لغیره حراما. و ان کان غرضه عدم کونه مأذوناً فیه وصفا، فیرده: ان المفروض کونه ولیا و لعله الی هذا أشار بقوله فتأمل، و اما بناءً علی ما ذکرناه من ان التنزیل لا یصحح قصد المعاوضة، فلا یمکن تصحیح البیع فی المقام لأن الولی لا یتمکن من تملك مال المولی علیه مجانا.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۵- من أبواب عقد البیع و شروطه- و باب ۸۸- من أبواب احکام الوصایا.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۸۲

[...]

لو باع عن المالك فانکشف کونه مالکا

الصورة الثالثة: ان یبیع عن المالك ثمّ ینکشف کونه مالکا.

و الکلام فیها یقع فی جهتین:

الأولی: فی أنه هل یصح ام لا؟.

الثانیة: فی انه علی فرض الصحة هل یتوقف علی الإجازة ام لا؟.

اما الجهة الأولی: فعن العلامة و ولده و الشهید و غیرهم: القول بالبطلان فیما لو باع مال ابیه بظن حیاته فبان میتا، و استدل له بأمرین:

الأول: ما توضیحه: ان البیع للأب بظن حیاته بحسب الطبع انما یکون بیعا للأب، و حیثیة الملکیة تکون تعلیلیة لا تقییدیة، فمن قصد البیع له لم یکن مالکا لیقع له و لو بإجازته.

و بهذا البیان یظهر ان ما اورده الشیخ ره علیه: بان بیعه عن الأب انما یکون عنه من حیث انه مالك باعتقاده، ففی الحقیقة انما قصد

البیع عن المالک، کما ذکروه فیما لو باع ملک غیره باعتقاد انه ملکه، غیر وارد.

ثمّ ان المحقق النائینی ره أورد علی الشیخ ره: بان الحیثیة التقییدیة لا یمکن الالتزام بها فی الموضوعات الشخصیة، لأن الفرد الخارجی غیر قابل للتعدد، فتقییده ممتنع، فالأب إذا کان هو الذی بیع عنه فهو ملحوظ بخصوصیته، و توصیفه بانه المالک حیثیة تعلیلیة، و الحیثیة التعلیلیة لا أثر لها لاتحاد المنشأ و المجاز.

و فیه: ان الأفعال الخارجیة المتعلقة بالموضوعات الشخصیة علی قسمین:

الأول: الأفعال الحقیقیة غیر المتقومة بالقصد کالأکل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۸۳

[...]

الثانی: الأفعال الاعتباریة المتقومة به کالبیع و الائتمام.

و القسم الأول یتم فیه ما ذکره من جهة ان تلک الأفعال لا تتعلق بالعناوین، مثلا الضرب لا یتعلق بالعنوان فهو اما ان یقع و اما لا، و لا یعقل وقوعه علی تقدیر دون تقدیر. و لا یتم فی القسم الثانی لأن الأفعال التی تکون من هذا القبیل تتعلق بالعناوین الکلیة.

ففی المقام یتصور وقوع البیع عن الأب علی وجهین.

الأول: وقوعه عن المالک، بحیث تکون الحیثیة تقییدیة.

الثانی: وقوعه عنه بنحو تکون الحیثیة تعلیلیة.

فما افاده الشیخ ره لا یرد علیه ذلک، فالصحیح ان یورد علیه بما ذکرناه، نعم هذا الإیراد وارد علیه علی مسلکه ره، حیث انّه فی کتاب الصلاة فی مبحث الجماعة فی مسألة من اقتدی بشخص فبان غیره ذهب الی هذا المبنی، و نحن أوردنا علیه بعین هذا الإیراد- راجع الجزء السادس من هذا الشرح-.

الثانی: انه لو تنزلنا عن ذلک و سلمنا ان البیع یکون عن المالک بما هو مالک بحیث یعم نفسه، فحیث انه یعتقد انطباقه علی ابیه فقصد الإطلاق فی حکم التعلیق، ای عن والدی أو عنی ان مات هو، و حیث انه یعتقد کونه حیا فقصد الإطلاق فی عقده یعد عبثا و منافیا للقصد الجدی فی المعاملة.

و بهذا البیان ظهر اندفاع ما ذکره الشیخ ره و تبعه المحقق النائینی ره و غیره، من: ان هذا الدلیل لا یجتمع مع الدلیل الأول من جهة ان اساس الأول وقوع البیع عن الأب، و اساس هذا وقوعه عن نفسه.

و الحق فی الجواب عن هذا الوجه: ان هذا النحو من التعلیق- ای المعنوی منه- لا یضر بصحة العقد، کما ان عدم القصد الجدی بهذه الکیفیة غیر مضر- کما تقدم

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۸۴

[...]

فی أول مسألة بیع الفضولی- فالصحیح هو الوجه الأول.

فالمتحصل: انه ان کان البیع عن المالک- ای عن الأب بما انه مالک بحیث یکون المقصود هو المالک بحیث یعم نفسه- صح البیع، و ان کان عن الأب کما هو کذلک بحسب الطبع، فالبیع باطل لا یمکن تصحیحه.

و أما الجهة الثانیة: فالمحکی عن غیر واحد: لزوم العقد و عدم الحاجة الی اجازة مستأنفة، و عن المحقق و الشهید الثانیین وقوفه علی الإجازة.

و قد استدل للتوقف علی الإجازة بوجهین:

الأول: ما عن جامع المقاصد من: انه لم یقصد الی البیع الناقل للملک الآن بل مع اجازة المالک.

و توضیحه: ان العاقل الملتفت الی کون المال للغیر و انه لا ینتقل عن ملکه قهراً لا محالة یکون قصده للنقل مقیدا بالإجازة، و حیث ان العقود تابعة للقصود فلا بد و ان تقع الإجازة حتی یقع النقل علی الوجه المقصود.

و فیه: أولا: ان محل الکلام هو قصد البیع مع المالک لاعن شخص الغیر و الا بطل البیع کما تقدم، و علیه، و ان سلم کون النقل موقوفا علی الإجازة، الا انه من جهة انطباق عنوان المالک علی نفسه واقعا یقع النقل عنه بقصده فلا حاجة الی اجازته.

و بعبارة اخری: بما انه یبیع عن المالک عن قصد إلیه، و المفروض انه هو المالک، فلا حاجة الی الإجازة. و لعله إلیه یرجع ما ذکره المحقق الثانی بقوله: الا ان یقال ان قصده الی اصل البیع کاف.

و ثانیا: ان حقیقة البیع و هی النقل فی نظر الناقل لا النقل فی نظر الشارع، فالالتفات الی انه لا ینتقل عن ملک الغیر ماله قهرا غیر مناف لقصد النقل الذی به

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۸۵

]...[

قوام البیع.

و بالجملة: الانتقال شرعا من آثار البیع، و لا یلزم قصده حتی یقال انه یکون موقوفا علی الإجازة. و إلی هذا نظر الشیخ ره فیما ذکره فی مقام الجواب.

و أما ما ذکره الشیخ ره بقوله: مع ان عدم القصد المذکور لا یقدح بناء علی الکشف، الذی حاصله: ان عدم إمکان قصد النقل فعلا یناسب القول بالنقل، فان الانتقال انما یکون من حین الإجازة: بخلاف القول بالکشف فان الانتقال فعلی، فیمکن قصده حال النقل، فیرد علیه: ان المدعی هو وقوف النقل علی الإجازة لا- تأخره عنها، و هذا لا فرق فیه بین القول بالنقل و الکشف، فانه علی الکشف ایضا یکون النقل موقوفا علی الإجازة.

الوجه الثانی: ما افاده الشیخ ره، و هو: ان اکثر ادلة اشتراط الإجازة فی بیع الفضولی جاریة هنا، و مراده بما ادلة اعتبار التراضی و طیب النفس «۱» کما یصرح به بعد ذلک.

و تقریب ما افاده: انها تدل علی اعتبار رضا المالک فی التصرف فی ماله بما هو ماله لا ذات ما هو ماله، و لذا لو قدّم الی غیره طعاما بتخیل انه لغیره لم یجز له التصرف فیه لو علم بانه له، و فی المقام بما ان البائع انما رضی بنقل مال معین اتفق کونه ملکا له فی الواقع، و لم یرض بنقله بما هو ماله، فیحتاج الی الإجازة لذلک.

و فیه: انه ان کان البیع عن شخص من یتخیل کونه مالکا لزم بطلان البیع و عدم إمکان تصحیحه و لو بالإجازة، و ان کان عن المالک بنحو یعم نفسه فالرضا بنقل ماله بعنوان انه ماله موجود، فاما یکون باطلا أو یکون لازما غیر متوقف علی

---

(۱) النساء آیة ۳۰- الوسائل- باب ۳- من أبواب مکان المصلی حدیث ۱- ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۸۶

]...[

الإجازة.

و بعبارة اخرى: انه لا ريب فى كونه راضيا ببيع مال نفسه، فان كان البيع بيعا عن الأب بشخصه بطل البيع لعدم المورد للإجازة، و ان كان بيعا عن المالك بما هو مالك بنحو يعم نفسه كان الرضا متعلقا بنقل مال المالك الواقعى و ان كان منطبقا على نفسه، و معه لا حاجة الى الإجازة لصدور العقد عنه مباشرة و عن الرضا، و هو اولى من اذنه و اجازته.

و لعله الى هذا يرجع ما استدل به لعدم الاحتياج الى الإجازة بما نقله الشيخ ره بقوله: و لأن قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا بمجرد القصد ... إلخ فلا يرد عليه ما ذكره الشيخ.

و قد يقال: ان هذا الحق للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث البقاء لا من باب الإجازة، فيكون متزلزلا من حيث الحدوث معللا بقاعدة نفى الضرر «۱».

و أجاب عن ذلك الشيخ الأعظم ره بما حاصله يرجع الى أمرين: أحدهما: انه لا يصح الرجوع الى قاعدة نفى الضرر التى هى من الأدلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا و طيب النفس مما تقتضيه الأدلة الأولية.

و بعبارة اخرى: ان مقتضى الأدلة الأولية توقف الانتقال على الرضا، فمع فقده لا يتحقق الانتقال، و مع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذى هو فرع الانتقال.

الثانى: ان الضرر المترتب على المعاملة تارة يكون ضرراً ماليا كما فى موارد خيارى العيب و الغبن، و اخرى يكون ضررا سلطانيا، اى يكون موجبا للنقص فى

(۱) الوسائل- باب ۱۷- من أبواب الخيار.

]...[

سلطانه على ماله، و فى الأول يتدارك الضرر بالخيار، و اما فى الثانى فالتحفظ عليه انما يكون بالتحفظ على سلطانه على ماله، وسد بابه انما هو بالالتزام بعدم خروجه عن ملكه بلا- رضاه لا- خروجه عند و تداركه بالخيار، إذ اصل الانتقال و لو متزلزلا ضرر على المالك فى سلطانه، فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لا اللزوم.

و بهذا البيان يظهر ان ما اورده المحقق النائينى ره على الشيخ بان الصحة ليست امراً مجعولا حتى ترتفع بها بل هى منتزعة من تحقق الشرائط، فلو دل دليل على اعتبار قيد فى ناحية الأسباب أو المسببات فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد، و الا فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر و نحوها لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة، و لا يمكن اثبات حكم بها لو لا جعله لزم منه الضرر، فى غير محله، فان دليل نفى الضرر يرفع إمضاء الشارع للعقد الذى يلزم منه هذا الضرر و لا محذور فى ذلك.

قال الشيخ: ثمّ ان الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولى ... إلخ.

محصل ما ذكره: ان الأدلة الأربعة التى أقاموها على بطلان بيع الفضولى من الكتاب «۱» و السّنة «۲» و الإجماع و العقل، غير الأخير منها لا تشمل هذا العقد لأنه صدر ممن بيده امر المال. نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولى من باب حكم العقل بقبح التصرف فى مال الغير، يتجه البطلان فى المقام.

و اورد عليه المحقق النائينى: بان حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعا بمناط واقعى، و حكمه بقبح التصرف فيما علم انه مال الغير طريقى، فالحكم الشرعى المستكشف من الأول من باب الملازمة حكم واقعى، و الحكم الشرعى

(۱) النساء: آية ۲۹. الوسائل باب ۷ من أبواب احكام العقود

(۲) النساء: آیة ۲۹. الوسائل باب ۷ من أبواب احکام العقود

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۸۸

[...]

المستفاد من الثانی طریقی، فإذا انکشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا یکون الا تجریا.

و فیه: ان مورد استثناء الشیخ ره هو حکم العقل بقبح التصرف، و قال: انه لو کان المدرک هو هذا الحکم من العقل اتجه الحکم بالفساد هنا، فان موضوع حکم العقل بالقبح لیس هو الواقع، بل ما اعتقد انه مال الغیر، و کون الحکم المستفاد من هذا الحکم فی بعض الموارد واقعیا و فی آخر طریقیا اجنبی عن ما هو محل استثناء الشیخ.

لو باع لنفسه فانکشف انه له

الصورة الرابعة: ان یبیع لنفسه باعتقاد انه لغیره فانکشف انه له، فتارة: یبنی علی انه ماله کان فی اعتبار العقلاء ایضا کذلک کما فی ثمن الخمر، ام لم یکن کما فی المال المکسوب من القمار، و اخری: لا- یبنی علی ذلک بل یبیع بان یخرج المثمن عن ملک ذلک الغیر و یدخل ثمنه فی ملکه.

اما فی الصورة الأول: فالأظهر الصحة و عدم الوقوف علی الإجازة، فانه باعه عن الرضا بعنوان انه ماله، فالعقد تام من حیث الأرکان حتی الرضا بالانتقال بعنوان انه ماله، فما أفاده الشیخ ره بقوله: و فی عدم الوقوف هنا وجه لا یجری فی الثالثة متین، بل هو وجه وجیه.

و أما فی الصورة الثانیة: فدعوی اعتبار الإجازة بناءً علی اعتبار رضا البائع بانتقال ماله بعنوان انه ماله فی البیع، فی محلها، لأنه انما رضی بانتقال ما یعتقد انه مال الغیر و لم یرض بانتقال ماله بهذا العنوان.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۸۹

[...]

القول فی المجاز

اشارة

و أما القول فی المجاز: فتمام الکلام فیه ببیان امور:

[اشتراط کونه جامعاً لجمیع الشروط]

الأول: قال الشیخ: یشرط فی کونه جامعا لجمیع الشروط المعتبرة فی تأثیره عدا رضا المالک.

أقول: ان الشروط المعتبرة فی إنشاء العقد لا کلام فیها، و اما غیرها من الشروط من شرائط المتعادین و العوضین، فهی علی اقسام:

الأول: ما یعتبر حال العقد، ککون العاقد ممن یصح منه المعاقدة و المعاهدة، اما عقلا ککونه حیا، أو شرعا ککونه عاقلا.

الثانی: ما یعتبر فیمن زمام امر العقد بیده کان هو المالک أو ولی التصرف کالقدرة علی التسلیم، فان دلیل اعتبارها انما یدل علی ذلک، و لذا لو کان مجری الصیغة غیر قادر علی التسلیم و کان البیع للصبی غیر القادر و لکن کان ولیه قادراً صح البیع.

الثالث: ما یعتبر فی المالک للمصحف مسلما.

اما القسم الأول: فهو یعتبر وجوده حین العقد و لا یخفی وجهه.

و أما القسم الثانی: فلا يعتبر، بل يعتبر وجوده حين الإجازة حتى على الكشف، فانه انما يكون فى الملكية لا فى انتساب العقد الى المجيز- و هو يعتبر وجوده حين صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد- و هو انما يكون من حين الإجازة.

و أما القسم الثالث: فعلى القول بالكشف يعتبر وجوده حين العقد لأنه أول زمان حصول الملكية، و على القول بالنقل لا يعتبر ذلك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۰

[...]

و استدل الشيخ قده لاعتبار الشروط فيه بما محصله: ان العقد الإنشائى اما تمام السبب أو جزءه، و على كل تقدير ما ثبت اعتباره فى العقد يعتبر فيه لنفس دليل الاعتبار، بل ما دل دليله على اعتباره فى العقد التام دون جزءه يعتبر فيه ايضا، لأن الإجازة ليست جزء العقد بل هى شرط تأثيره، و تمام العقد انما هو ما وقع بين الفضولى و الأصيل، و لو سلم كونها جزء فإنما هى جزء السبب الملك لا جزء البيع الإنشائى و ظاهر الأدلة اعتبار ذلك فى البيع الإنشائى لا السبب المملك.

و لكن يرد عليه- مضافا الى ما تقدم عند بيان ما هو الحق عندنا-: ان غاية ما يثبت بذلك، اعتبار العلم بالعوضين حين العقد، اما انه هل يعتبر كون المجرى للصيغة كذلك ام يعتبر كون المجيز كذلك فلا يثبت بذلك، فلا بد من الرجوع فى ذلك الى وجه آخر، و الظاهر هو الأول، فان المجيز انما ينفذ العقد الواقع الصحيح و ينسبه الى نفسه، فلا بد و ان يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحا، و من جملة ما يعتبر فى الصحة العلم بالعوضين.

و بهذا يظهر الفرق بين الإذن و الإجازة، فان العقد فى الأول من حين تحققه يستند الى الإذن، فيكفى كونه عالما بالعوضين، بخلاف صورة الإجازة.

و هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد الى زمان الإجازة ام لا؟ وجهان.

يقع الكلام فى موردين:

الأول: فى انه هل يعتبر وجود الشرائط حين الإجازة ام لا؟ و الحق ان شروط العقد لا معنى لاعتبارها حين الإجازة الا على القول بأنها بيع مستأنف- اى إيجاب متأخر- أو قبول، و اما غيرها من الشروط فما كان منها معتبراً فيمن بيده زمام العقد يعتبر وجوده حينها، لأنه حين الإجازة يستند العقد الى المجيز و يصير العقد عقده، و ما كان منها معتبرا فى حال العقد لا يعتبر وجوده حين الإجازة، و ما كان منها معتبرا فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۱

[...]

المالك يفصل بين القول بالكشف و النقل. و على الأول لا يعتبر و على الثانى يعتبر كما تقدم.

المورد الثانى: فى انه هل يعتبر استمرار وجود الشرائط من حين العقد الى حين الإجازة، ام لا؟ الأظهر عدم الاعتبار، و يظهر وجهه مما قدمناه.

يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا

الثانى: هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل ام لا؟ وجهان.

و تنقيح القول بالبحث فى مقامين:

الأول: فى أنه هل يعتبر العلم التفصيلى بالمجاز من حيث العوضين و نوع العقد من البيع و الهبة و غيرهما ام لا يعتبر ذلك؟.

الثانی: فی انه هل یعتبر العلم بوقوع العقد ام یکفی احتمال وقوعه؟.

اما المقام الأول: فقد استدل لاعتبار العلم بوجوه:

الأول: ما فی المکاسب، و هو: ان الإجازة احـد رکنی العقد، إذ المعاهدة الحقیقیة انما تحصل من المالکین بعد الإجازة، فیشبه القبول مع عدم تعیین الإیجاب عند القابل.

و فیه: ان دلیل اعتبار العلم بالعوضین و نوع العقد لو دل علی اعتباره فی البیع و العقد و قلنا ان ظاهره اعتبار ذلک فی البیع و العقد الإنشائی- الذی هو السبب للمعاقدة الحقیقیة- فلا وجه لاعتباره فی الإجازة، لأن مجرد الشباهة بالقبول لا یوجب الإلحاق فی الحکم، و الا فالإذن السابق ایضا کذلک، مع انه لا یعتبر فیه ذلک.

الثانی: ما افاده المحقق النائینی ره، و هو: ان الإجازة لا معنی لتعلقها بالعقد

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۲

[...]

علی نحو الإطلاق لوقوع عقد الفضولی علی شیء خاص، و هو لو کان مجهولا عند المجیز فلا تشملها الأدلة الدالة علی نفوذ الإجازة، بل حکمها حکم تعلق الوکالة بالأمر المبهم التی لا اعتبار بها عند العقلاء.

و فیه: أولا: انه یمکن الإطلاق فی الإجازة، بمعنی تعلقها بما وقع أیاً ما کان، و لیس ذلک من قبیل الأمر المبهم الذی لا واقع له.

و ثانیا: انه لو سلم عدم کون تعلقها بالعقد علی نحو الإطلاق غایة الأمر کونها من قبیل اجازة الجهول، و هی کالأذن فی المجهول لا إشکال فیها.

و بالجملة: ان الإذن فی المبهم لعدم کون المبهم مما له واقع لا- یصح، و کذلک اجازته، و اما الاذن فی المجهول فالأظهر عدم المحذور فیه، و کذلک الإجازة المتعلقة به.

الثالث: ما افاده المحقق النائینی ره ایضا، و هو: ان الإجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج فی عموم نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله عن الغرر.

و فیه: أولا: ان الغرر المنفی مختص بالبیع «۱».

و ثانیا: انه علی فرض العموم لا- إشکال فی عدم کون التوکیل و الاذن مشمولین للمنفی، إذ لا- ریب فی عدم وجوب ذکر جمیع الخصوصیات و التعیین من جمیع الجهات فیهما، و کذلک الإجازة.

الرابع: ان البیع انما ینتسب الی المجیز من حین الإجازة، ففی الحقیقة هی تکون معاملة و بیعا، فیعتبر ان لا تکون غرریة.

---

(۱) الوسائل- باب ۴۰- من أبواب آداب التجارة حدیث ۳- و المستدرک باب ۳۱ من أبواب آداب التجارة حدیث ۱- و سنن بیهقی ج ۵ ص ۳۳۸- و سنن الترمذی ج ۳- ص ۵۳۲- و أخرجه مسلم- و أبو داود- فی کتاب البیوع.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۳

[...]

و فیه: ان المنفی هو البیع الغرری، و هو ظاهر فی الإنشائی منه کما تقدم، فالأظهر انه لا یعتبر العلم بالمجاز.

و أما المقام الثانی: فقد استدل لاعتبار العلم بوجهین:

الأول ما فی المکاسب و هو ان الإجازة احد رکنی العقد، فلا یصح التعلیق فیها. و بعبارة اخری: انها فی معناه، فالتعلیق مبطل لها.

و فيه: ان مدرك مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقن منه التعليق فى البيع الإنشائى، و لا يشمل البيع الحقيقى و ما فى معنى البيع:
الثانى: ما افاده المحقق النائينى ره، و هو: ان بها يتحقق الاستناد، و هى من الإيقاعات، و الإيقاع لا يقبل التعليق.
و فيه: ان الإيقاع كالعقد قابل للتعليق بان يكون المعلق هو المنشأ لا الإنشاء، و لا دليل على بطلانه به، مع انه لو سلم ذلك فإنما هو فى التعليق على غير القيود التى يتوقف عليها، و الا فلا دليل على البطلان، و المقام من هذا القبيل لتوقف الإجازة على صدور العقد. فالأظهر عدم اعتبار به، فيكفى مجرد احتماله، فيجيزه على تقدير وقوعه

حكم العقود المترتبة

الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير، و اما العقد الواقع على عوضه، و الأصحاب حكموا بان اجازة العقد الواقع على مال الغير توجب صحته و صحة ما بعده من العقود، و اجازة العقد الواقع على بدله توجب صحته و صحة ما قبله.
و محل كلامهم انما هو العقود الطولية من حيث الترتب الانتقالى لا الزمانى،
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۴
[...]

فلو باع العين شخص واحد من متعدد فضولا كانت العقود عرضية من حيث الصحة لا طولية و خارجة عما هو محل الكلام، و تعاقبها اما ان يكون بوقوعها من اشخاص متعددة و اما بتعاقبها على اثمان عديدة.
ثمّ ان المراد من العوض فى كلماتهم- على ما صرح به الشيخ ره- هو الثمن الكلى، و بعبارة اخرى: ان محل البحث هى صورة ترامى الأثمان لا ورود العقود على العوض الشخصى.
ثمّ ان العقود المتعددة اما واقعة على مال الغير أو على عوضه، بان يكون العوض فى كل عقد معوضا فى الأخر، و على كل تقدير ربما يكون العاقد هو المشترى فى كل طبقة أو غيره و لا كلام فى ان للمالك اجازة اى منها شاء، انما الكلام فى انه إذا أجاز عقداً هل يوجب ذلك صحة غيره ام لا.؟.
و تنقيح القول فيه: ان المجاز اما أول عقد واقع على مال المالك، أو آخر عقد واقع عليه، أو وسط واقع بين سابق و لاحق واقعين على مورد عقد الوسط و المراد من المورد أعم من الثمن و المثمن فى العقد الوسط، و ايضا المراد من الوقوع على المورد أعم من كون المورد فى ذلك العقد ثمنا أو مثمنا أو واردين على بدل مورده، أو كون السابق وارداً على مورده و اللاحق وارداً على بدل مورده، أو بالعكس، فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوض، و اما الواقعة على العوض فهى ايضا كذلك، لأن المجاز اما ان يكون أول عقد واقع عليه، أو آخر عقد، أو وسط بين سابق و لاحق واردين على مورده، أو بدل مورده، أو يكون السابق على المورد و اللاحق على بدله، أو بالعكس. فمجموع الصور اثنتا عشرة، ست للفرض الأول، و ست للفرض الثانى.
و جمع الشيخ الجميع فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثمّ باعه المشترى بكتاب، ثمّ باعه الثالث بدينار، و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجارية و باع
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۵
[...]

بائع الفرس الدرهم برغيف، ثمّ بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف بعسل، و جامعية هذا المثال لجميع الصور يظهر من التصوير التالى، تأمل تعرف.

(صور العقود الواقعة علی المعوض) بیع العبد بفرس بیع الفرس بدرهم بیع العبد بکتاب بیع العبد بدینار بیع الدینار بجاریة ۱- أول عقد واقع علی المعوض: بیع العبد بفرس.

۲- آخر عقد واقع علیه: بیع العبد بدینار.

۳- الوسط الواقع علیه- الواقع بین الواقعین علی مورده-: بیع العبد بکتاب الواقع بین بیعه بفرس و بیعه بدینار.

۴- الوسط الواقع بین واقعین علی بدل مورده، بیع العبد بکتاب، الواقع بین بیع الفرس الذی هو بدل للعبد فی العقد الأول بدرهم، و بین بیع الدینار الذی هو البدل للعبد فی العقد الآخر بجاریة.

۵- ۶- و بذلک ظهر الواقع بین المختلفین.

(صور العقود الواقعة علی العوض) بیع الفرس بدرهم بیع العبد بفرس بیع الدرهم برغیف بیع الدرهم بحمار بیع الرغیف بعسل.

بیع الفرس بدرهم بیع العبد بفرس ۱- أول عقد واقع علی العوض: بیع الفرس بدرهم.

۲- آخر عقد واقع علیه: بیع الرغیف بعسل.

۳- الوسط الواقع بین واقعین علی مورده بیع الدرهم برغیف الواقع بین بیع الفرس بدرهم، و بیع الدرهم بحمار.

۴- الوسط الواقع بین سابق واقع علی بدل مورده، و لاحق واقع علی مورده بیع الدرهم برغیف الواقع بین بیع العبد بفرس، و بیع الدرهم بحمار.

۵- الوسط الواقع بین واقعین علی بدل مورده، بیع الدرهم بحمار الواقع بین بیع العبد بفرس، و بیع الرغیف بعسل.

۶- الوسط الواقع بین سابق واقع

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۶

[...]

علی مورده و هو بیع الدرهم برغیف، و لاحق واقع علی بدل مورده و هو بیع الرغیف بعسل، و هو ایضا بیع الدرهم بحمار.

هذا کله فی تطبیق المثال الذی ذکره الشیخ علی جمیع الصور.

ثمّ انه یقع الکلام فی بیان حکم العقود المترتبة، فالضابط: ان الإجازة کما توجب صحة المجاز، توجب صحة ما قبله مما یتوقف علیه و ما بعده مما یکون من احکامه. و بعبارة اخری: توجب صحة مما یکون فی سلسلة علله و معلوله.

توضیح ذلک بنحو یظهر حکم جمیع الصور، یقتضی البحث فی مواضع:

الأول: فی العقود الواقعة علی شخص مال المالک و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة علی العوض، و بیان انه لو أجاز المالک العقد الواقع علی ماله ای عقد یصح بهذه الإجازة، و مثال الجامع لذلک: بیع العبد بفرس، ثمّ بیع الفرس بدرهم، ثمّ بیع العبد بکتاب، ثمّ بیع الکتاب بالحنطة، ثمّ بیع العبد بدینار، ثمّ بیع الدینار بجاریة.

الثانی: فی العقود الواقعة علی الثمن الشخصی، و هو الثمن الواقع عوضا فی البیع الأول، و هو الفرس و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة علی عوضه، و مثال ذلک: بیع الفرس بدرهم، ثمّ بیع الدرهم بعسل، ثمّ بیع الفرس بحمار، ثمّ بیع الحمار بجاریة، ثمّ بیع الفرس بالدار، ثمّ بیع الدار بالکتاب.

الثالث: فی العقود الواقعة علی الثمن الکلی و ما سبقه و لحقه من العقود، و مثال ذلک: بیع العبد بفرس، ثمّ بیع صاحب الفرس العبد بکتاب، ثمّ بیع الفرس بدرهم، ثمّ بیع صاحب الدرهم الفرس بدینار، ثمّ بیع الدرهم برغیف، ثمّ بیع صاحب الرغیف

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۷

[...]

الدرهم بحمار، ثمّ بیع الرغیف بعسل.

و فی هـذه المواضع تارة: یجیز المالک أول العقود، و اخری: آخرها. و ثالثـة: الوسط منها. فإذا بینا حکم اجازة الوسط و تبین حکمه و ما سبقه و لحقه یظهر حکم اجازة العقد الأول و الآخر.

فأقول مستعینا باللّه تعالی: انه فی الموضع الأول لو أجاز العقد الوسط منها و هو بیع العبد بکتاب، یکون ذلک فسخا بالنسبة الی ما قبله سواء أ کان واقعا علی نفس مال المالک و هو بیع العبد بفرس، أو واقعا علی عوضه فی ذلک العقد و هو بیع الفرس بدرهم، بمعنی انه یفوت بذلک محل الإجازة بالنسبة الی المالک للخروج عن تحت سلطنته و عدم توقف صحة المجاز علیهما.

نعم لمن انتقل إلیه العبد اجازة بیع العبد بفرس، بناء علی عدم اعتبار کون المجیز حال العقد مالکا علی القول بالنقل، و مطلقا بناء علی القول بـالکشف، و له اجـازة بیع الفرس بـدرهم بعـد ذلـک لانتقال الفرس إلیه، و لو أجاز أولا بیع الفرس یلزم بیع العبـد بلزومه لتوقفه علیه، و لو لم یجز من انتقل إلیه المال بیعه و لا بیع عوضه، فلمالک الفرس حینئذ اجازة بیعه بدرهم.

و اما بالقیاس الی ما بعـده من العقود سواء کان واقعا علی نفس هـذا المال- و هو بیع العبـد بدینار- أو عوضه فی العقد اللاحق- و هو بیع الـدینار بجاریـة- فعلی القول بالکشف تلزم تلک العقود بهذه الإجازة لوقوعها فی ملک ملاکها، و اما بناء علی القول بالنقل فیبتنی علی المسألة المتقدمة- و هی عدم اشتراط الملکیة حین العقد- و اما الواقع علی عوض هذا المجاز- و هو بیع الکتاب بحنطة- فلا یلزم بلزوم هذا العقد، لأن لزوم هذا یصیر سببا لدخول الکتاب فی ملکه، فله اجازة العقد الواقع علی کتابه. فالقول بان العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد بإطلاقه غیر تام.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۸

[...]

و اما الموضع الثانی: فالحکم فیه هو الحکم فی الموضع الأول، الا فی مورد واحد.

توضیـح ذلک: انه إذا تعلقت الإجازة بالعقـد الوسط- و هو بیع الفرس بحمار- فبالنسبة الی العقود السابقة الواقعة علی نفس الثمن- و هو بیع الفرس بدرهم- و علی بدله- و هو بیع الدرهم بالعسل- یکون فسخا بالتقریب المتقدم.

و أما العقود اللاحقة الواقعة علی نفس الثمن- و هو بیع الفرس بالدار- و علی عوضه فی العقد اللاحق- و هو بیع الدار بکتاب- فتصـح بصحة هذا العقد علی القول بالکشف، أو علی القول بعدم اشتراط الملکیة بناء علی النقل.

و أما ما وقع علی عوضه فی المجاز- و هو بیع الحمار بجاریة- فلا یصح بإجازة ذلک لما تقدم.

هذا فیما یشترک فیه الموضـعان، و اما ما یختص به هذا الموضع، و هو ان الإجازة فی هذا توجب صحة ما تقدمه الواقع علی نفس مال المالک أولا و هو بیع العبد بفرس، و الا لم یصـر الفرس ملکا له حتی یجیز العقد الواقع علیه. فظهر انه لا وجه للقول بأنها توجب فسـخ العقود اللاحقة.

و أما الموضع الثالث: فلو أجاز العقد الوسط- و هو بیع الدرهم برغیف- فبالنسبة الی ما بعده من العقود یفصل بین ما وقع علی ما انتقل عنه، و مـا وقع علی مـا انتقل إلیه، فالبیع الواقع علی ما انتقل إلیه- و هو بیع الرغیف بعسل- لا یصـح بهـذه الإجازة، لأنه أوجبت دخول المعوض فی ملکه، فله اجـازة العقـد الواقع علیه ایضـا، و اما الواقع علی ما انتقل عنه- و هو بیع الـدرهم بحمار- فیلزم بلزوم هـذا العقد علی القول بالکشف، أو عدم اعتبار مالکیة المجیز حین العقد علی القول بالنقل.

و أما بالنسـبة الی ما قبله من العقود فهی توجب صـحة جمیعها، أعم من الواقع علی المعوض، أو الثمن الکلی، أو الشخصی علی القول بالکشف، أو عدم اشتراط

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۹۹

[...]

الملکیة علی النقل.

اما الأول: فلأنه إذا صح بیع العبد بفرس فصاحب الفرس باع ماله بکتاب فیصح.

و أما الثانی: فلأن صحة العقد المجاز تتوقف علی صیرورة المبیع ملکا له، إذ لو لم یصر الدرهم ملکا له کیف یجیز بیعه برغیف، و صحة بیع الفرس بدرهم ایضا تتوقف علی صحة بیع العبد بفرس.

و أما الثالث: فلأنه إذا صح بیع الفرس بدرهم کما عرفت، فصاحب الدرهم صار مالکا للفرس فبیعه الفرس بدینار کان فی ملکه.

ثمّ انه من جمیع ما ذکرناه ظهر حکم جمیع الفروض حتی المختلفة، مثل ما لو فرض وقوع العقد علی الثمن الشخصی مرات، ثمّ العقد علی الثمن الکلی أو العکس، أو غیر ذلک من الفروض.

کما انه ظهر ما فی إطلاق کلام الشهید قده من: ان العقود الواقعة علی المبیع لو أجاز المالک الوسط منها صح و ما بعده، و فی الثمن ینعکس الأمر.

کما انه ظهر ما إطلاق کلام الشیخ ره من: انه لو وقعت العقود من اشخاص متعددة کانت اجازة الوسط فسخا لما قبله، و اجازة لما بعده، و ان وقعت من شخص واحد انعکس الأمر، إذ یرد علیه: انه لو فرضنا العقود المترتبة علی المبیع من شخص واحد، مع ذلک تکون اجازة الوسط فسخا لما قبله کما عرفت، و کذلک لو فرضنا ترتب العقود فی الثمن الکلی من اشخاص متعددة تکون اجازة لما قبله، فالأولی فی بیان الضابط ما ذکرناه فافهم و اغتنم.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۰۰

[...]

حکم تتابع العقود فی صورة علی المشتری بالغصب

بقی فی المقام اشکال أشار إلیه المصنف فی القواعد فی شمول الحکم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتری بالغصب، و أوضحه قطب الدین علی المنقول عنه: بان المشتری مع العلم یکون مسلطا للبائع الغاصب علی الثمن، و لهذا لو تلف لمن یکن له الرجوع علیه، و لو بقی ففیه الوجهان فلا تنفذ فیه اجازة الغیر بعد تلفه بفعل المسلط بدفع ثمنه عن مبیع اشتراه، و من ان الثمن عوض عن العین المملوکة، و لم یمنع من نفوذ الملک فیه الا عدم صدوره عن المالک فإذا أجاز جری مجری الصادر عنه. انتهی.

و نحوه ما عن الشهید فی حواشیه، و عن الإیضاح وجه آخر ستقف علیه.

و حیث ان منشأ الإشکال هو فتوی الأصحاب بانه إذا تلف الثمن عند البائع الغاصب لا یجوز للمشتری مع علمه بالغصب الرجوع إلیه و مطالبته بالمثل أو القیمة.

فینبغی البحث فی مقامین:

الأول: فی المنشأ.

الثانی: فیما نشأ عنه.

اما المقام الأول: ففیه مسائل:

الأولی: فی ان التسلیم إلیه مملک له اياه أو مبیح للتصرفات، ام لا؟.

فقد استدل للأول بوجهين:

الأول: ان الأصحاب حكموا بانه إذا رجع المالک الى المشترى بالمبيع ليس له الرجوع الى البائع باسترداد الثمن، و لو لا كونه ملكا له كان ذلک منافيا لتسلط الناس

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۰۱

]...[

على أموالهم.

و فيه: - مضافا الى عدم تسالم الأصحاب على ذلک، بل هناک قولان آخران: أحدهما: الضمان مطلقا، ثانيهما: الضمان مع بقاء العين- ان الأسباب المملكة مضبوطة و ليس التسليط بعنوان العوضية منها، و اما اباحة التصرفات فلا بد و ان تكون اما بفعل المالک أو بحكم الشارع، و شیء منهما ليس فى المقام.

الثانى: انهم حكموا بعدم الضمان فى صورة الإتلاف، فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا، لأن إتلاف مال الغير موجب للضمان.

و فيه: - مضافا الى ما تقدم- ان عدم الضمان لازم أعم للملک و لما اذن مالكه فى الإتلاف.

الثانية: فى انه هل يجوز الرجوع فى ما دفع مع بقائه ام لا؟.

الأظهر هو الأول، اما بناءً على ما عرفت فى المسألة الأولى فواضح، و اما بناءً على القول الآخر فكذلک بناءً على كون التسليط مبيحا للتصرفات، و اما على القول بكونه مملكا فلأنه لو سلم ذلک كان هبة و يجوز الرجوع فى الموهوب مع بقائه.

المسألة الثالثة: فى انه هل يجوز الرجوع الى البدل إذا أتلفه الغاصب، ام لا؟.

قد استدل للثانى بوجوه:

الأول: الإجماع.

و فيه: - مضافا الى عدم ثبوته كما تقدم- انه لم يثبت كونه اجماعا تعبديا.

الثانى: ما افاده المحقق النائينى (ره) و هو: ان الضمان اما معاوضى أو يدى، و شیء منهما لا مورد له فى المقام، اما الأول: فلعلمه بانه ليس المثمن له، و اما الثانى: فلعلم المشترى بكونه غاصبا و لازمه التسليط المجانى فيكون من صغريات قاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۰۲

]...[

و فيه: انه انما يدفعه عوضا عن المبيع لا مجاناً، فيكون من صغريات ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده.

الثالث: ما افاده المحقق الأصفهانى ره، و هو: ان إقباضه الثمن اياه ليس اقباضاً و فائيا، إذ لازم نفوذ المعاملة بإجازة المالک إقباضه للمالک، فهذا الإقباض الخارجى تسليط منه للغاصب على ماله برضاه و اختياره، فوضع يده عليه باذن المالک، و كذا تصرفاته فلا يكون ضامنا بإتلافه الثمن.

و فيه: ان الإقباض ان كان بعنوان انه مالک أو ليوصله الى مالكه لا يكون اذنا له فى التصرف و الإتلاف مطلقا، فالأظهر جواز الرجوع إليه فى صورة الإتلاف.

و بما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ.

و أما المقام الثانى: فالكلام فيه انما هو على فرض التنزل و تسليم المنشأ، و ملخص القول فيه بعد التنبيه على امر و هو: ان مورد

الإشكال انما هو الثمن الشخصى لا الكلى، إذ غاية ما يلزم على الثانى صيرورة ما يأخذ ملكا للغاصب، و لكن الثمن يكون باقيا.

انه وقع الإشكال من جهات:

الأولى: من جهة البيع الأول الواقع على مال المالك.

و تقريب الإشكال من هذه الجهة وجهان:

الأول: ان المشترى العالم بغاصبية البائع يكون مرجع اشترائه منه الى هبة و تملك للمبيع مجانا، أو الى هبة و استنقاذ للمبيع لعدم إمكان قصد المعاوضة الحقيقية، و لازم ذلك عدم صحة البيع الأول.

و الجواب عنه: ما ذكرناه مفصلا فى بيع الغاصب لنفسه.

الثانى: ان المشترى مع العلم بالغصبية إذا اقبض الثمن اياه يكون ذلك مملكا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ١٠٣

]...[

و تسليطا مجانيا، فيبقى المبيع بلا ثمن.

و فيه: - مضافا الى ما عرفت من فساد المبنى- انه لو تم فإنما يتم على القول بالنقل و لا يتم على القول بالكشف، إذ عليه يكون التسليط تسليطا على مال الغير و هو لا يكون مملكا، مع انه لا يتم لكأنه لو سلم كونه تسليطا مجانيا فحيث انه على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن و هو كونه مملكا فى فرض عدم الإجازة.

الثانية: من جهة تتابع العقود.

و حاصله: ان ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له فى إتلافه، فإذا أجاز ذلك فباع الثمن الغاصب أو اشترى به شيئا فقد خرج عن ملك مالكه و دخل بدله فى ملك الغاصب على ما يقتضيه الإذن فى التصرفات حتى الناقلة، اما بدخوله فى ملكه قبل التصرف الناقل و خروجه عن ملكه، أو بخروج الثمن عن ملك المشترى و دخول بدله فى ملك الغاصب على اختلاف المسلكين فى حقيقة البيع. فالبيع الثانى و كذا ما بعده من البيوع ليس للمالك اجازته، لأنه لا معنى لإجازة العقد الوارد على ما ملكه عاقده، و لازم ذلك عدم جواز اجازة العقد الأول فى صورة التتابع، لأنه يكون البيع بقاء بلا ثمن. و بعبارة اخرى: يكون من قبيل تلف الثمن قبل الإجازة، و ترده الإشكالات الثلاثة التى أوردناها على الإشكال من الجهة الأولى.

الثالثة: من جهة اجازة غير العقد الأول.

و حاصله على ما ذكره الشيخ ره فى ذيل شرح عبارة الإيضاح: ان اجازة المالك البيع الثانى الواقع على عوض ماله و تأثيرها فى صحة ذلك العقد من الفضولى تتوقف على ان يكون المبيع ملكا له، و الا فاجازته اياه اجازة الأجنبى، و كون ذلك المبيع ملكا له يتوقف على اجازته المستلزمة لإجازة العقد الأول الموجبة لدخول المبيع فى ملكه، و هذا دور واضح.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ١٠۴

]...[

و فيه: أولا: ان هذا ليس اشكالا مختصا بصورة علم المشترى بالغصب.

و ثانيا: انه لا يختص تتابع العقود بما إذا أجاز الجميع بإجازة واحدة، فله ان يجيز مترتبا. و ثالثا: انه لو أجاز العقد الثانى تنحل اجازته الى اجازتين: احداهما: متعلقة بالعقد الثانى مطابقة، و الأخرى: متعلقة بالأول التزاما، و هما متحققتان فعلا ومؤثرتان بالترتيب. فأجازه العقد الثانى توجب أولا دخول الثمن فى ملك المجيز ثمّ خروجه عن ملكه و دخوله فى ملك المشترى فى العقد الثانى، و لا محذور

فی ذلک.

احکام الرد

اشارهٔ

مسألهٔ: فی احکام الرد.

و الکلام فیها یقع فی موضعین:

الأول: فی الرد الموجب لحل العقد.

الثانی: فی تصرفات المالک قبل الإجازهٔ.

[الرد الموجب لحل العقد]

اما الموضع الأول: فبعد ما عرفت من تأثیر الإجازهٔ بعد الرد، و ان الرد لا یوجب حل العقد و لیس مفاده الا عدم الإمضاء، لا مورد للبحث عن تحققه بای شیء، و اما علی المسلک الآخر فلا- ینبغی التوقف فی عدم تحققه بالبناء القلبی من غیر ان یظهر لکونه من الإنشائیات، کما لا توقف فی تحققه بالقول فی الجملهٔ و بالفعل الذی یکون مصداقا للرد، انما الکلام فی انه هل یتحقق باللفظ غیر الصریح ام لا؟.

و قد اختار الشیخ ره عدم التحقق لأصالهٔ بقاء اللزوم من طرف الأصیل و قابلیته من طرف المجیز.

أقول: مدرک عدم تأثیر الإجازهٔ بعد الردان کان هو الإجماع- و حیث انه دلیل

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۰۵

[...]

لبی لا إطلاق له- فیتعین الاقتصار علی المتیقن و هو عدم تأثیر الإجازهٔ بعد الرد بالقول الصریح، و اما لو کان المدرک قاعدهٔ السلطنهٔ- فبناء علی کونها ناظرهٔ الی الأسباب- کان المتعین البناء علی تحققه بکل لفظ دال علیه صریحا کان ام لم یکن کذلک.

[تصرفات المالک قبل الإجازهٔ]

و اما الموضع الثانی: فالکلام فیه یقع فی مقامین:

الأول: فی التصرفات المخرجهٔ عن الملک.

الثانی: فی غیر المخرجهٔ.

اما الأول: فعلی النقل لا کلام فی انها توجب فوت محل الإجازهٔ بالنسبهٔ الی المالک، فان المال باق علی ملکه، و تصرف المالک فیما له نافذ شرعا، فیسقط العقد عن قابلیهٔ التأثیر بالنسبهٔ الی المتصرف، و کذلک علی الکشف الانقلابی و الحکمی.

و أما علی الکشف الحقیقی بنحو الشرط المتأخر، فقد یتوهم ان الإجازهٔ تکشف عن ملکیهٔ الغیر من حین العقد، فیکون التصرف المخرج واقعا علی ملک الغیر، و أوضحه المحقق الأصفهانی ره: بان صحهٔ العقدین معا مستحیلهٔ فلا بد من رفع الید عن احد البیعین، و حیث انه تؤثر الإجازهٔ فی الملکیهٔ من حین العقد فلا یعقل اعتبار اتصال الملکیهٔ بزمان الإجازهٔ، فلا محالهٔ تکون الملکیهٔ الی حال العقد کافیهٔ فی تأثیر الإجازهٔ، و علیه فالإجازهٔ فی المقام صالحهٔ للتأثیر و یترتب علیه عدم نفوذ العقد الثانی لوقوعه فی ملک الغیر، و هذا بخلاف العقد الثانی فانه غیر صالح للتأثیر، فان تأثیره دوری لتوقفه علی بقاء المال علی ملک مالکه حال البیع و هو متوقف علی

عدم صحة العقد المجاز و هو متوقف علی عدم کون المال ملکا له، مع انه لا مخرج له عن ملکه الا العقد الثانی فیدور.

و لکن یرد علیه: انه یعتبر فی تأثیر الإجازة- حتی علی الکشف- کون زمام

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۰۶

[...]

امر البیع بید المجیز، و انه إذا لم یجز یکون المال ملکا له. و هذا مع وقوع العقد الثانی مفقود، فانه بعد وقوعه و خروج المال عن ملکه لیس زمام امر المال بیده حتی یجیز، فالتصرفات المخرجة عن الملک أعم من الناقلة، و المتلفة توجب تفویت محل الإجازة بالإضافة الی المتصرف مطلقا.

و أما المقام الثانی: فالکلام فیه یقع فی موردین:

الأول: فی التصرف المخرج للملک عن قابلیة وقوع الإجازة من زمان العقد. و بعبارة اخری: التصرف المنافی لملک المشتری من حین العقد.

الثانی: فی التصرف غیر المخرج.

اما الأول: فقد مثّل له الشیخ ره: باستیلاد الجاریة، و اجارة الدابة، و تزویج الأمة. و زاد بعضهم: جعل حق للغیر فی المال کالرهن.

اما استیلاد الجاریة: فالحق انه مانع عن تأثیر الإجازة، من غیر فرق بین القول بالنقل أو الکشف، اما علی الأول: فواضح، فان الانتقال انما یکون فی حال کونها ام ولد، و اما علی الثانی: فلأنه و ان کان زمان الملکیة من حین العقد و قبل الاستیلاد الا ان البیع انما یصیر بیعه من حین الإجازة، و ان کان اثره من قبل فیشمله ما دل عدم جواز بیع الأمة المستولدة.

و أما اجارة الدابة: فالأقوال فیها ثلاثة:

الأول: ما فی المکاسب و هو: صحة الإجارة و بطلان البیع.

الثانی: صحتهما معا و الرجوع الی البدل، بالإضافة الی المنفعة المستوفاة بالإجارة.

الثالث: وقوعهما صحیحاً مع ثبوت الخیار للمشتری.

و الحق فی المقام ان یقال: انه بناء علی القول بالنقل یتعین اختیار الثالث، اما

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۰۷

[...]

صحة الإجارة فلوقوعها من المالک الفعلی.

و أما صحة البیع، فلأن مورده العین و هی لم تخرج عن ملک المجیز، فاجازته اجازة صادرة من أهلها واقعة فی محلها.

و أما ثبوت الخیار مع بقاء مدة الإجارة و جهل المشتری، فلأنه لم یرد إتلاف علی ملکه، و انما انتقل إلیه الملک مسلوب المنفعة، و لازم ذلک ثبوت الخیار.

و أما بناءً علی الکشف الانقلابی، فلا بد من اختیار الثانی، اما صحة البیع و الإجارة فلما تقدم، و اما الرجوع الی البدل فلأنه إذا انقلب العین و صارت ملکا للمشتری بالإجازة انقلبت المنافع ایضا، و حیث ان المالک أتلفها من حین الإجارة بعقد صحیح لزم الرجوع الی البدل.

و أما علی الکشف الحقیقی، فالمتعین صحة البیع و بطلان الإجارة، اما صحة البیع فلأن الإجازة صادرة من أهلها و اما بطلان الإجارة فلکشف الإجازة عن وقوع الإجارة علی مال الغیر.

فتحصل: ان القول الأول لا دلیل علیه.

و أما تزویج الأمة: فعلی الکشف الحقیقی باطل الا إذا أجاز مالکا، لأنه تزویج لأمة الغیر المستکشف ذلک من الإجازة، و اما علی النقل فالإجازة تکون کبیعها بعد التزویج. و به یظهر حکمها علی الکشف الانقلابی.

و أما مسألة الرهن: فعلی القول بالنقل یکون الرهن صحیحا و لیس للمالک اجازة البیع کما هو ظاهر و کذلک علی القول بالکشف الانقلابی، و اما علی الکشف الحقیقی فیمکن البناء علی تأثیر الإجازة و انکشاف بطلان الرهن لکونه رهنا لمال الغیر. فتأمل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۰۸

]...[

حکم التصرفات غیر المنافیة لملک المشتری

و أما المورد الثانی: فالکلام فیه یقع فی جهتین:

الأولی: فی انه هل یکون فعل مصداقا للرد کی یصح إنشاء الرد به ام لا؟ و قد ذهب المحقق النائینی ره الی الثانی.

و فیه: ان تحریک الرأس بعد سؤال السائل انه هل ترد البیع فعل یکون رداً بالحمل الشائع، و کذلک الکتابة، فهما مصداقان للرد الفعلی.

الثانیة: فی ان الأفعال غیر المنافیة لملک المشتری هل یتحقق بها الرد ام لا؟ و تلک الأفعال علی قسمین: الأول: ما یقع حال التفات المالک الی وقوع العقد من الفضولی علی ماله. الثانی: ما یقع فی حال عدم الالتفات.

اما القسم الأول: فقد ذهب الشیخ الأعظم ره الی تحقق الرد به.

و استدل له بصدق الرد علیه، فیشمله ما دل علی ان للمالک الرد، مثل ما ورد فی نکاح العبد و الأمة بغیر اذن مولاه کموثق زرارة عن الإمام الباقر (علیه السلام) عن مملوک تزوج بغیر اذن سیده فقال: ذاک الی سیده ان شاء اجازه و ان شاء فرق بینهما «۱». و نحوه غیره.

و ما ورد فیمن زوجته امه و هو غائب کخبر محمد بن مسلم عن مولانا الباقر (علیه السلام) عن رجل زوجته امه هو غائب قال (علیه السلام): النکاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترک، فان ترک المتزوج تزویجه فالمهر لازم لامه «۲».

---

(۱) الوسائل- باب ۲۴- من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۷- من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۰۹

]...[

و بأن المانع عن صحة الإجازة بعد الرد القولی موجود فی الرد الفعلی، و هو خروج المجیز بعد الرد عن کونه بمنزلة احد طرفی العقد.

و بفحوی الإجماع المدعی علی حصول فسخ ذی الخیار بالفعل، فان الوجه فی تحقق الفسخ هو دلالته علی قصد فسخ البیع، فإذا صلح الفسخ الفعلی لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حیث الحدوث القابل للتأثیر بطریق اولی.

و فی الجمیع نظر: اما الأول: فلأن غایة ما تدل علیه هذه الأدلة انما هو عدم صحة العقد مع الترک و التفریق، و لا تدل علی حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تأثیر الإجازة بعده الذی هو محل الکلام. مع انه لو سلم دلالتها علی ان له الرد یرد علیه ما ذکره ره بقوله: الا ان یقال ان الإطلاق مسوق ... إلخ. و حاصله: انه لا إطلاق لها من جهة ما یتحقق به الرد. و لعله یختص بالقول.

و أما الثانی: فلعدم تسـلیم خروج المجیز بمجرد الرد عن کونه احد الطرفین بنحو لا تؤثر اجازته فی انتساب العقد إلیه و صـیرورته طرفا للعقد.

و أمـا الثالث: فلأنه یمکن ان یکون نظر المجمعین أو بعضـهم فی هـذا الحکم الی توقف التصـرفات المفروضـهٔ علی الملک لا دلالتها علی الفسـخ، و هـذا و ان کـان خلاـف التحقیق کمـا نبه ره علیه الاـ ان مجرد احتمال کون نظرهم الی ذلک یمنع عن التمسک به فی الأصل، فضـلا عن الفرع. مع: ان الأولویـهٔ ممنوعـهٔ، إذ الـدفع و ان کان أهون من الرفع الا ان الرد فی المقام دفع من حیث عدم الالتزام بالعقـد لا من حیث قطع سـلطنهٔ المالک، فمن تلک الجهـهٔ بما ان فسـخ ذی الخیار إرجاع للسـلطنهٔ و الرد فی المقام اعدام لها لا مورد للتشـبث بالأولویهٔ. هذا کله مضافا الی ان تلک الأفعال المفروضهٔ فی حال الالتفات لا تلازم إنشاء الرد بها بل تلائم من عدم الرد، مثلا التعریض للبیع یمکن

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱۰

[...]

ان یکون للتحری عن مشتر یـدفع اکثر ممـا دفعه المشتری الأول، فان حصل دفع إلیه و الا أجاز بیع الفضولی، و علیه فلا تکون کاشـفهٔ عن إنشاء الرد.

فـالحق ان یقـال: ان منشـأ عـدم تـأثیر الإجازهٔ بعـد الرد ان کان هو الإجماع فالمتیقن منه غیر الرد الفعلی، بل ادعی الإجماع علی اعتبار اللفظ فی الرد، فالإجازهٔ بعده تؤثر و ان کان مدرکه دلیل السلطنهٔ «۱» و قلنا ان له إطلاقا من حیث الأسباب و أحرزنا من الخارج إنشاء الرد بهذه الأفعال، کان الرد المانع عن تأثیر الإجازهٔ متحققا بالأفعال المفروضهٔ، و الا فلا.

و أمـا القسم الثـانی: فالظـاهر انه لا یتحقق به الرد، لأنه من الإنشائیات المتقومـهٔ بالقصـد المفقود مع عـدم الالتفات. و ما أفتوا به من ان انکـار الطلاق رجوع فإنما هو للنص الخاص «۲». مع انه یمکن تطبیقه علی القاعـدهٔ بان یقال ان الزوجیـهٔ بعد الطلاق الی انقضاء العدهٔ ثابتهٔ، و التشبث بها رجوع، و انکار الطلاق تشبث بها. و علی کل تقدیر لا یکون مربوطا بالمقام.

---

(۱) البحار ج ۲- ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

(۲) الوسائل باب ۱۴ من أبواب اقسام الطلاق.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱۱

[...]

حکم رجوع المالک الی المشتری لو لم یجز

مسألـهٔ: و لو لم یجز المالک، فان کان المال فی یـده فهو، و الا فتارهٔ: تکون العین باقیـهٔ، و اخری: تکون تالفهٔ. فان کانت باقیهٔ: ینتزعها ممن وجـدها فی یده و له الرجوع الی غیره ممن دخلت تحت یده، و اما حکم منافعها فقد تقدم فی البیع الفاسد. و ان کانت تالفهٔ: فله الرجـوع الی کـل من دخـل المـال تحت یـده، و قرار الضـمان انمـا یکون علی من تلفت تحت یـده، فـان رجع الی الفضولی یـأتی فیه المبانی الخمسـهٔ المتقدمـهٔ: قیمـهٔ یوم الغصب، أو یوم التلف، أو یوم الدفع، أو اعلی القیم من یوم الغصب الی یوم الدفع، أو اعلی القیم من یـوم الغصب الی یـوم التلف. و ان رجع الی المشـتری لاـ یبقی مورد لاحتمـال الرجوع إلیه بقیمـهٔ یوم الغصب أو اعلی القیم منه لو کانت القیمهٔ یوم الغصب أزید من سائر الأیام لأن العین یوم زیادهٔ قیمتها لم تکن تحت ید المشتری کی یکون ضامنا لتلک القیمهٔ.

و بما ذکرناه یظهر حکم الزیادة العینیة.

حکم رجوع المشتری الی الغاصب

هذا کله حکم المالک مع المشتری، و اما حکم المشتری مع الفضولی سواء کان باقیا أو تالفا، فالکلام فیه تارة: فی الثمن، و اخری: فیما یغرمه زائدا علی الثمن.

فالکلام فی مسألتین:

الأولی: فی حکم المشتری مع الفضولی فی الثمن، و الکلام فیها فی موردین:

الأول: فیما إذا کان جاهلا بکونه فضولیا.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱۲

[...]

الثانی: فیما إذا کان عالما به.

اما فی المورد الأول: فتارة: ینکشف عند المشتری کذب البائع و انه فضولی، و أخری: ینکشف کذب الأخر و یعلم انه مالک، و ثالثة: لا ینکشف شیء منهما.

لا اشکال فی جواز الرجوع فی الصورة الاولی، و عدم جوازه فی الصورة الثانیة، و اما فی الصورة الثالثة فان اقام المالک البینة لکونه ملکا له یجوز الرجوع إلیه لأنه یصیر البیع باطلا بحکم الشارع. و بعبارة اخری: تکون البینة حجة فی مثبتاتها فیثبت بها کون البیع بیعا لمال الغیر و عدم کون البائع مالکا و کونه فضولیا، و یترتب علیه جواز الرجوع. و کذلک لو أقر البائع بذلک.

و أما ان کان أخذ المالک المبیع مستندا الی الحلف المردود من البائع فغایة ما یثبت به أخذ المبیع و لا یثبت به کون البیع واقعا علی مال الغیر. و بعبارة اخری: لا یکون الحلف طریقا شرعیا الی کون المال ملکا للمدعی، و علیه فلا وجه لرجوعه الی البائع.

و أما المورد الثانی: فان کان الثمن باقیا استرده- لما تقدم من عدم صیرورة ما دفع الی الفضولی و الغاصب بعنوان العوضیة ملکا له- و علی فرض الملکیة فغایته کونه هبة و یجوز الرجوع فی الموهب.

و قد ذکر الشیخ ره وجهین آخرین لجواز الاسترداد: أحدهما: انه لو کان التسلیط مملکا لزم البناء علیه فی التسلیط الواقع عقیب البیع الفاسد، و لا یقولون به.

و فیه: انه یمکن الفرق بین البابین، فان الدفع فی البیع الفاسد انما یکون بعنوان الوفاء بالمعاملة فلا یکون مملکا، و فی المقام لیس کذلک فانه لیس بعنوان الوفاء. فان الوفاء بالمعاملة یقتضی الدفع الی المالک لا إلی الفضولی.

ثانیهما: انه لو کان التسلیط مملکا لزم عدم صحة الإجازة من مالک المبیع حتی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱۳

[...]

علی النقل کما تقدم، مع انه لم یشکک احد فی الصحة.

و فیه: انه یمکن الجواب عنه بما ذکره هو قده من: انه یمکن ان یکون الدفع تملیکا علی تقدیر عدم الإجازة، و ان کان الثمن تالفا فالمعروف انه لا یجوز الرجوع، و عن غیر واحد: دعوی الإجماع علیه.

و قد استدل لجواز الرجوع و للضمان بوجوه:

أحدها: ما استند إليه الشيخ ره، و هو: ان إطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحة يضمن بفاسده يقتضى الضمان، نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان، ففاسده كذلك.

و فيه: أولا: ان هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية فى قبال سائر مقتضيات الضمان، بل مدركها عموم على اليد «۱»، فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة و الشيخ ره حيث منع من دلالة اليد على الضمان فى المقام فلا مورد لتأمله، و ميله الى الضمان بل إفتائه به مستندا إليها.

و ثانيا: ان هذه القاعدة غاية ما تدل عليه هو الضمان، و اما ان الضامن هو الغاصب البائع أو المالك فلا تدل عليه ان لم تدل على ان الضامن هو المالك لا المجرى للصيغة و العلم بعدم ضمانه فى المقام من جهة التخصص أو التخصيص نظرا الى عدم كون العقد عقد المالك فى المقام لا يوجب صرف الضمان الى البائع الغاصب.

و ثالثا: ان الفساد لا يصدق على عقد الفضولى، بل هو صحيح فاقد لشرط

---

(۱) المبسوط كتاب الغصب- المستدرك باب- ۱- من أبواب كتاب الوديعة حديث ۱۲ سنن بيهقى ج ۶ ص ۹۰- كنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

قابل للحوقه.

ثانيها: قاعدة الاقدام، و قد تقدم فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد انها و غيرها من القواعد التى عددوها من مقتضيات الضمان لا تكون كذلك، و انحصار موجب الضمان باليد و الإتلاف، و هما فى المقام يقتضيان الضمان.

و قد أورد الشيخ على الاستدلال باليد فى المقام: بأنها و ان كانت تقتضى الضمان الا ان فحوى ما دل «۱» على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه- كما فى الوديعة- أو الانتفاع به- كما فى العارية- أو استيفاء المنفعة منه- كما فى العين المستأجرة عدمه إذ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه مما لا يوجب ذلك بطريق اولى.

ثمّ أورد على نفسه: بان التسليط انما يكون فى مقابل العوض، فأجاب عنه: بانه سلّطه بإزاء مال غيره، فلم يضمنه فى الحقيقة شيئا من كيسه.

ثمّ أورد على نفسه بما حاصله: انه انما سلّطه بازاء مال الغير بعد البناء و لو عدوانا على كونه ملكا له، و عليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضة، فهو يسلطه على وجه يضمنه بماله، الا ان كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشترى على كون المثمن ملكا للبائع، فالتسليط انما يكون فى مقابل ماله حقيقة، الا ان كون المثمن مالا له ادعائى.

و أجاب عنه: بان المعاملة و التضمين ليست ابتداءً بين الشخصين، فتكون حقيقة المعاملة تضمين كل منهما للآخر بماله الواقعى، و يكون تعلقها بالمالين اعتبارا

---

(۱) الوسائل- باب ۴- من أبواب احكام الوديعة- و باب ۱- من أبواب احكام العارية و باب ۳۲ من أبواب احكام الإجارة.

ثانويا، بل تكون المعاملة ابتداء بين المالين، فيجعل احد المالين بإزاء الآخر و ضمانه به، و لازم ذلك ضمان المالك الواقعى، و

الغاصب انما طبق عنوان المالک الواقعی علی نفسه ادعاء، و لذلک رأی نفسه هو الضامن فی المعاملة، و حیث انه لیس بمالک فلا یکون ضامنا.

یرد علیه قده امور:

الأول: ان لازم ما ذکره ره- من کون التسلیط مجانیا- هو جواز تصرفه تکلیفا، و قد صرح قده قبل ذلک بأسطر بعدم جوازه حیث قال: و هی جوز للبائع التصرف فیه؟ وجهان بل قولان: أقواهما العدم، لأنه أکل للمال بالباطل.

الثانی: ان ما ذکره لو تم فإنما هو فی صورة التلف، و لا یتم فی صورة الإتلاف، إذا الحکم الثابت فی الأصل انما هو فی صورة التلف لا الإتلاف.

الثالث: ان ما افاده یتم فی التضمین المعاملی، و اما فی الضمان الثابت بالید المختص بما إذا کان وضع الید علی المال لا بإذن من المالک فی التصرف فیه مجانا و بلا عوض، فلا یتم، فان من تحت یده المال هو الغاصب، و التسلیط الخارجی لا یکون مجانیا بل انما یکون جریا علی المعاوضة الواقعة بینهما، فما یدفع الی الغاصب انما یدفع إلیه بعنوان کونه مال المدفوع إلیه لا بعنوان کونه مال الدافع کما هو کذلک فی موارد الاستئمان، فالفرق بین المقامین واضح.

لا- یقال: ان التسلیط الخارجی بما انه من الأفعال الخارجیة المتعلقة بالموضوعات الخاصة لیس قابلا للتقیید بالعنوان المذکور، فمن ضرب شخصا باعتقاد انه عدو له فانکشف کونه صدیقه وقع الضرب علی الصدیق لا العدو، ففی المقام التسلیط و ان کان بعنوان انه مال المدفوع إلیه الا انه حیث یکون فی الواقع للدافع فهو تسلیط لمال الدافع.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱۶

]...[

فانه یقال: ان المؤثر فی رفع الضمان لیس هو التسلیط الخارجی بما هو کذلک. بل بما انه مبرز للإذن فی التصرف فیه و إتلافه الذی هو من المعانی الإیقاعیة المتعلقة بالصور الذهنیة، و تلک المعانی قابلة للتقیید.

فان قلت: انه لا یمکن الالتزام بضمان الغاصب بعد فرض کون الضمان المعاوضی مع المالک إذ لازمه جعل ضمانین لمال واحد.

قلت: انه لا محذور فیه بعد فرض کونهما طولیین.

فالمتحصل من مجموع ما ذکرناه: إنه لا مخصص لقاعدة الید و الإتلاف، فالأظهر هو الضمان- کما اختاره بعض الأساطین و مال إلیه جمع من المحققین- و حرمة التصرف فیه، و ان حکم ذلک حکم المقبوض بالبیع الفاسد. ثمّ ان هذا کله فی صورة الرد، و اما فی صورة اجازة العقد فلا کلام مع عدم قبض الثمن. و اما فی صورة القبض: فقد یکون الثمن کلیا، و قد یکون شخصیا، و علی التقدیرین تارة: یکون المقبوض باقیا، و اخری: یکون تالفا. فان کان الثمن کلیا و کان المقبوض باقیا، فان لم یجز الإقباض أو اجازه و بنینا علی عدم قابلیته للإجازة لیس للمالک- ای مالک المبیع- الا الرجوع الی المشتری، لأن المقبوض لا مساس له به، و ان أجاز الإقباض و بنینا علی تأثیر الإجازة فیه فله الرجوع الی البائع دون المشتری، لأن ذمة المشتری برئت من الضمان، و ماله دخل تحت ید البائع فیراجعه، و لا فرق فی هذه الصورة بین القول بالنقل أو الکشف.

و ان کان الثمن کلیا و کان المقبوض تالفا، فان لم یجز الإقباض أو اجازه و بنینا علی عدم تأثیرها فیه فله الرجوع الی المشتری خاصة کما تقدم، من غیر فرق بین القول بالنقل أو الکشف، و ان أجاز الإقباض و بنینا علی تأثیرها فیه فعلی القول بان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱۷

]...[

اجازة الإقباض کاشفة عن کون الإقباض من الأول کان إقباض للمالک، کما ان اجازة العقد کاشفة، للمالک الرجوع الی البائع فی صورة الإتلاف دون التلف، إذ لیس علی الأمین شیء الا مع فرض الإتلاف.

و علی القول بان اجازته ناقلة- اما للبناء علی النقل مطلقا أو فی خصوص، اجازة الإقباض و شبهها- لا أثر لهذه الإجازة لعدم بقاء المقبوض حتی تصح اجازته، فلا بدو ان یرجع الی المشتری خاصة.

و ان کان الثمن شخصیا و باقیا و اجاز الإقباض و بنینا علی تأثیرها، له الرجوع الی البائع خاصة- من غیر فرق بین القول بالنقل أو الکشف- و ان لم یجز الإقباض أو اجازه و بنینا علی عدم تأثیرها، فله الرجوع الی کل منهما- ای البائع و المشتری علی المسلکین- اما رجوعه الی البائع فلکون ماله تحت یده، و اما رجوعه الی المشتری فللزوم التسلیم علیه.

و ان کان الثمن شخصیا و تالفا، فبناء علی النقل مطلقا أو فی خصوص اجازة الإقباض لا یبقی مورد لإجازة الإقباض فینفسخ العقد، لأن کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال صاحبه. فتأمل.

و أما بناءً علی القول بالکشف حتی فی الإجازة و أجاز الإقباض، فلیس للمالک الرجوع الی البائع و لا إلی المشتری. اما عدم الرجوع الی الأول فلأنه أمین، و اما عدم رجوعه الی الثانی فلتسلمه الثمن. نعم فی فرض الإتلاف یرجع الی البائع.

فتحصل: انه فی بعض الفروض یرجع الی ای منهما شاء، و فی بعضها لا- یرجع إلیهما، و فی بعضها یرجع الی المشتری فقط، و فی بعضها الی البائع، و فی بعضها یبطل العقد.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱۸

]...[

الغرامة التی غرمها المشتری

المسألة الثانیة: فیما یغرمه المشتری للمالک غیر الثمن اما فی مقابل العین أو فی مقابل ما استوفاه المشتری کسکنی الدار، أو ما یصرف فی إصلاح ملکه، أو لدفع النوائب عنه. و علیه فهو علی اقسام:

الأول: ما یکون فی مقابل العین، کزیادة القیمة علی الثمن الذی اشتری به إذا رجع بها المالک علی المشتری، کما لو اشتری المبیع بعشرة واخذ منه المالک عشرین بعد تلف العین فی یده.

الثانی: قیمة المنافع المستوفاة.

الثالث: ما یغرمه. فی مقابل المنافع غیر المستوفاة.

الرابع: ما یغرمه من جهة حفر أو نفقة أو قیمة ولد و نحو ذلک.

ثمّ ان محل الکلام فی المقام لیس الا رجوع المشتری الی البائع بعد رجوع المالک إلیه، و اما رجوع المالک الی المشتری فهو مفروغ عنه فی هذا البحث، کما ان محل الکلام صورة الرد دون الإجازة.

و الکلام تارة یقع فی صورة العلم بالفضولیة، و اخری: فی صورة الجهل بها.

اما فی الأولی: فالظاهر انه: لا- خلاف بینهم فی عدم رجوع المشتری إلی البائع لعدم الدلیل علیه، و قد یقال: انه یستثنی من ذلک موردان: الأول: ما إذا ادعی البائع الأذن من المالک.

الثانی: ما إذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات إذا لم یجز المالک.

أقول: اما فی المورد الأول: فمجرد دعوی الاذن لا یوجب الاستناد إلیه کی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۱۹

[...]

تصح دعوى الغرور.

و أما فى المورد الثانى: فان كان الالتزام على الوجه الشرعى فهو الموجب للرجوع، و الا فلا موجب له.

و أما فى الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام لأبد من بيان القواعد التى استندوا إليها فى الحكم فى المقام:

منها قاعدة نفى الضرر «۱»: حيث ان الحكم بعدم رجوع المشترى الى البائع ضرر عليه، فتنفيه القاعدة.

و فيه: أولا: ما حقق فى محله من ان قاعدة نفى الضرر نافية للأحكام و لا تصلح لإثبات الحكم فلا يمكن اثبات الضمان بها.

و ثانيا: ان الحكم بضمان البائع ضرر عليه، فيتعارض الضرران، فالأظهر انه لا مورد لها فى المقام.

و منها قاعدة التسبيب: اى قوة السبب على المباشر و استدلوا لها: بالإجماع المحكى عن الإيضاح على تقديم السبب على المباشر إذا كان اقوى و بقاعدة الإتلاف «۲».

و فيه: ان المتقين من معقد الإجماع و ما يستفاد من القاعدة انما هو فيما إذا لم يتوسط بين فعل الفاعل و الأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار.

توضيح ذلك: ان السبب على اقسام الثلاثة:

الأول: ما إذا كان الفعل مستندا الى السبب دون المباشر، و يكون المباشر غير

---

(۱) الوسائل- باب ۱۷- من أبواب الخيار حديث ۴ و ۵.

(۲) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲۰

[...]

مختار، و لم يصدر عنه الفعل باختياره. و فى هذا القسم يتم ما ذكر، و الدليلان يدلان على الضمان على السبب.

وعد المحقق النائينى ره من هذا القسم حكم الحاكم بشهادة شهود الزور و فعل المكره بإكراه الجائز، نظراً الى ان الفعل لا يستند الى المباشر شرعاً لكون واجبا عليه.

و فيه: ان الوجوب الشرعى لا يوجب رفع الضمان، أ لا ترى انه لو اضطر الى أكل مال الغير و وجب عليه ذلك حفظا للنفس لا يحكم عليه بعدم الضمان، بل هو ضامن، ففى مسألة المكره للمالك الرجوع الى المكره بالفتح. نعم فى مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه للنصوص الخاصة.

الثانى: ما إذا كان السبب محدثا للداعى للمباشر من دون ان يستند الفعل الى السبب، كمن علّم غيره طريق سرقة الأموال، و فى هذا القسم لا وجه للضمان على السبب، و الوجهان لا يدلان عليه.

الثالث: ما إذا كان الفعل مستندا الى المباشر، و الضمان المترتب عليه مستندا الى السبب، كمن قدّم الى غيره طعاما ليأكله مجانا فتبين عدم كون الطعام له. و فى هذا القسم و ان كان المتجه الضمان، و لكن لا لما تقدم من الإجماع و قاعدة الإتلاف، فانه بعد فرض استناد الفعل الى المباشر لا يكون السبب متلفا و لا يكون الإجماع عليه تعبديا، بل لقواعد أخر، فاتضح ان قاعدة التسبيب من حيث هى لا موضوعية لها.

و منها قاعدة الغرور: و استندوا فيها الى امور:

أحدها: الإجماع.

ثانیها: قاعدة نفی الضرر «۱» نسب ذلک الی الریاض.

(۱) الوسائل- باب ۱۷- من أبواب الخیار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲۱

[...]

ثالثها: قاعدة الإتلاف من باب قوة السبب علی المباشر.

رابعها: قاعدة الإتلاف، بالإضافة الی الخسارة الواردة علی المغرور.

و شیء من هذه الوجوه لا یتم، اما الثلاثة الأولی: فلما تقدم، و اما الأخیر: فلأن خسارة المالک مستندة الی حکم الشارع بالضمان من جهة الإتلاف الاختیاری للمشتری غیر المستند الی البائع کما تقدم.

فالصحیح ان یستدل لها بوجهین آخرین:

أحدهما: النبوی المعروف: المغرور یرجع علی من غره «۱» المعمول به بین الفریقین.

ثانیهما: استنباطها من النصوص الخاصة الواردة فی الموارد الجزئیة، مع اشتمال بعضها علی التعلیل: کخبر رفاعة قضی امیر المؤمنین (علیه السلام): فی امرأة زوَّجها ولیها و هی برصاء: ان لها المهر بما استحل من فرجها، و ان المهر علی الذی زوّجها، و انما صار المهر علیه لأنه دلَّسها «۲».

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۶، ص: ۱۲۱

و فی خبر إسماعیل بن جابر فی الرجل أعجبته امرأة فاتی أباها فزوجه غیرها فولدت منه ثمّ علم انها غیر ابنته و انها امة، قال (علیه السلام): ترد الولیدة علی موالیها، و الولد للرجل، و علی الذی زوَّجه قیمة ثمن الولد یعطیه موالی الولیدة کما غر الرجل و خدعه «۳».

و نحوهما غیرهما.

و هی و ان وردت فی النکاح، الا انه لما فیها من عموم العلة تتعدی عن النکاح

(۱) رواه المحقق النائینی فی حاشیة الإرشاد.

(۲) الوسائل- باب ۲- من أبواب العیوب و التدلیس من کتاب النکاح حدیث ۲.

(۳) الوسائل- باب ۷- من أبواب العیوب و التدلیس من کتاب النکاح حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲۲

[...]

الی غیره، فالحق ثبوت هذه القاعدة.

نعم تختص بناءً علی ذلک بما إذا کان الغار عالما، و اما إذا کان جاهلا فلا تکون هذه القاعدة ثابتة، و ذلک لأن الغرور لیس بمعنی الجهل، لأنه بهذا المعنی لازم لا یکون له اسم الفاعل، و المفعول بل هو بمعنی الخدعة و التدلیس، و لا إشکال فی ان البائع أو غیره

الموجب للخسارة إذا كان جاهلا لا يكون مدلسا و لا يكون فعله خدعة، فلا يشمله النبوى و لا النصوص الخاصة.

و بما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه بقوله: و لا فرق على الظاهر بين كون الغار عالما أو جاهلا، و ما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى.

ثمّ انه ربما يستدل لهذه القاعدة: بالنصوص «۱» الواردة فى شاهد الزور الدالة على انه يرجع إليه إذا رجع من شهادته، و لكنه فاسد، و ذلك لوجهين:

الأول: انها تدل على الرجوع ابتداءً الى شاهد الزور، لا انه يرجع الى الحاكم و هو الى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة.

الثانى: ان فى ذلك الباب خصوصية، و هى ان المباشر- و هو الحاكم- يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، و مع احتمال دخلها لا سبيل الى دعوى التعدى و إلغاء الخصوصية.

إذا عرفت هذا فاعلم: ان المعروف بين الأصحاب رجوع المشترى الى البائع فى الغرامة التى لم يحصل له فى مقابلها نفع، و عن غير واحد دعوى الإجماع عليه.

و استدل له: بالإجماع، و بقاعدة نفى الضرر، و قد مر ما فيهما.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۱- من كتاب الشهادات.

[...]

فالصحيح ان يستدل له: بقاعدة الغرور، و بصحيح جميل عن الإمام الصادق (عليه السلام) فى الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجىء مستحق الجارية، قال (عليه السلام): يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التى أخذت منه «۱».

إذ حرية الولد اما ان تعد نفعا عائداً الى الأب أولا، و على التقديرين يثبت المطلوب، اما على الأول: فبالفحوى، إذ لو ضمن الغار فى صورة عود النفع الى المغرور فبالأولى فى صورة عدمه، و اما على الثانى فواضح.

و عن صاحب الحدائق: عدم الرجوع إليه، و استدل له، بخبرى زرارة «۲» و زريق «۳» الساكتين عن حكم رجوع المشترى الى البائع، مع كونهما فى مقام البيان، فان ذلك آية عدم الرجوع.

و فيه: أولا: ان خبر زرارة ساكت عن الرجوع فى ما غيره فى مقابل المنافع المستوفاة، فلا مساس له بمسألتنا، و ذيل خبر زريق متضمن لرجوع المشترى فى الغرامة التى غيرهما فى إصلاح المعيشة من قيمة عرس أو بناء أو نفقة فى مصلحة المعيشة و دفع النوائب عنها الى المالك، فهو يدل على خلاف المقصود.

و ثانيا: ان السكوت فى مقام البيان يكون دليلا- لا- مطلقه، و فى المقام الخبران فى مقام بيان حكم المشترى مع المالك لا فى مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشترى الى البائع.

---

(۱) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ۵.

(۲) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ۲.

(۳) الوسائل- باب ۳ من أبواب يكتسب به حديث ۱.

]...[

و ثالثا: ان السکوت فی مقام البیان غایته الظهور فی عدم الرجوع، و هو لا یصلح لأن یقاوم صحیح جمیل الصریح فی الرجوع.

و رابعا: انه لو سلم التعارض یتعین تقدیم الصحیح لوجوه لا تخفی.

و أما الغرامة التی غرمها فی مقابل المنافع الواصلة إلیه، ففیها قولان، قد استدل الشیخ ره و غیره للرجوع بوجوه:

منها: قاعدة لا ضرر.

و فیه: – مضافا الی ما تقدم– ان الغرامة المقابلة للنفع الواصلة إلیه لا تکون ضررا. و بعبارة اخری: ان الضرر هو النقض المالی أو البدنی أو العرضی، و النقض المالی الذی یقوم مقامه ما یسد مسده لیس بنقص مالی عند العرف. ففی المقام بما ان الغرامة انما تکون فی مقابل ما وصل إلیه من النفع لا تعد ضررا.

و منها: قاعدة التسبیب، و قد مر عدم کونها قاعدة مستقلة الا إذا کان السبب بحیث یستند التلف إلیه عرفا، و المتجه فی مثل ذلک عدم الرجوع الی المباشر أصلا.

و منها: النصوص الواردة فی شاهد الزور، و قد مر انها اجنبیة عن المقام.

فالأولی: ان یستدل له: بقاعدة الغرور، فان المیزان فیها هو التعزیر سواء استوفی المغرور نفعا کأکلة الطعام أو لم یستوف أصلا، و بصحیح جمیل المتقدم بناءً علی ان مورده الغرامة التی تکون بإزاء المنفعة کما تقدم، ام لأن الحریة نفع عائد الی الأب، أو لأن الولد نفسه منفعة له و ان لم تکن منفعة مالیة، ثمّ ان قاعدة الغرور و ان اختصت بصورة علم البائع، الا ان مقتضی إطلاق الصحیح عدم الفرق بین صورة العلم و الجهل.

و بما ذکرناه ظهر حکم ما یغرمه فی مقابل المنافع غیر المستوفاة.

و أما الغرامة التی یغرمها فی مقابل العین، فبالنسبة الی المقدار الذی جعل ثمنا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲۵

]...[

إذا لم یکن دفع الثمن الی الفضولی لا یرجع الی البائع، لأن هذه الغرامة لم تنشأ من تغریر البائع، لأنه لو فرض صدق البائع فی دعواه لکانت هذه الغرامة ثابتة.

و ما ذکره السید الفقیه قده فی وجه الرجوع بقوله: انه لم یقدم علی هذه الغرامة و انما اقدم علی دفع الثمن، و المفروض عدم إمضاء الشارع له. یرد علیه: ان الرد الی المالک أو البائع لا یوجب الفرق فی عدم صدق الغرور بعد التزامه بکون هذا المقدار من المال یکون عوضا عن المال التالف.

و أما فی المقدار الزائد– کما لو باع ما یسوی عشرین بعشرة فتلف فأخذ منه المالک عشرین– فقد ذهب الشیخ الأعظم ره– تبعا لغیره من الأساطین– الی انه یرجع الی البائع فی المقدار الزائد، لقاعدة الغرور.

و أورد علیه: بان الأقدام و الغرور لا یجتمعان، و لذا لا یرجع علی البائع بالمسمی، و علیه فإذا بنینا علی ان مقتضی اقدام المشتری ضمانه بتمام القیمة الواقعیة للمالک– کما هو المدرک للضمان فی کل عقد فاسد یضمن بصحیحه– لا وجه للرجوع الی البائع حیث لا تغریر، و ان قیل انه لا یکون مقدما علی الضمان بتمام القیمة لما کان وجه لضمانها للمالک. و بعبارة اخری: ان کان مقدما علی الضمان بالقیمة الواقعیة لا مورد لقاعدة الغرور، و الا فلا وجه لأصل الضمان.

و أجاب عنه الشیخ ره بجوابین:

الأول: ان الإقدام انما یکون علی المسمی و لا إقدام علی غیره، فبالنسبة الی ما لا إقدام علیه تکون قاعدة الغرور جاریة بلا مانع، و لکن الإقدام علی المسمی سبب شرعا لضمان تمام القیمة، فضمان التمام لیس مقدما علیه لینافی الغرور، بل اثر الإقدام علی المسمی ضمان تمام القیمة. و تبعه فی هذا الجواب غیره من الأساطین.

و فیه: انه إذا کان مدرک الضمان هو الإقدام- کما هو مبنی الإشکال- لا وجه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲۶

[...]

للقول بالضمان بالنسبة الی تمام القیمة مع کون الإقدام علی المسمی الا إذا ورد دلیل علی ان الإقدام علی شیء سبب لضمان شیء آخر، و المفروض عدمه، فعلی هذا المبنی لا مدفع لهذا الإیراد.

الثانی: و هو الحق، و هو منع المبنی، لأن مدرک الضمان فی المقام و غیره من المقبوض بالعقد الفاسد انما هی الید، و هی تقتضی الضمان بتمام القیمة. و الغرور یوجب رجوع المغرور الی الغار فی المقدار الذی غرر فیه، فبالنسبة الی المقدار الزائد و ان کان مقتضی الید هو الضمان للمالک الا ان مقتضی قاعدة الغرر هو الرجوع فیها الی البائع.

ثمّ انه مما ذکرناه ظهر انه انما یرجع إلیه فی صورة علم البائع، و اما فی صورة جهله فلا یرجع إلیه لعدم صدق الغرور.

هذا إذا کانت الزیادة موجودة وقت العقد، و لو تجددت بعده ففی المکاسب: الحکم بالرجوع فیه اولی.

الظاهر وجه الأولویة ان هناک کان یحتمل ان الإقدام علی الضمان بالمسمی اقدام علی الضمان بالقیمة الواقعیة، و هذا غیر محتمل فی المقام، لأن ما یتجدد له من القیمة لا یحتمل کونه مقدما علی ضمانه.

و أما ما یغرمه بإزاء أوصافه، فقد فصل الشیخ ره بین وصف الصحة و غیره من الأوصاف، و التزم بعدم الرجوع فی وصف الصحة- نظرا الی مقابلته بجزء من الثمن- و الرجوع فی غیره من الأوصاف، کما لو کان عبد کاتبا فنسی الکتابة عند المشتری فرجع المالک علیه بالتفاوت لأنه لم یقدم علی ضمان ذلک.

و تمام الکلام بالبحث فی مقامین:

الأول: فی الفرق بین وصف الصحة و غیره من الأوصاف.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲۷

[...]

الثانی: من انه هل یرجع الی البائع فیما یغرمه بإزاء الأوصاف، ام لا؟.

اما المقام الأول: فالأظهر عدم الفرق بینهما، و ان شیئا منها لا یقسط علیه الثمن، و ان کان یصیر موجبا لزیادة قیمة الموصوف. و لا فرق فی ذلک بین وصف الصحة و غیره.

و الشاهد علیه ثبوت الخیار فی تخلف الوصف، و ثبوت الأرش فی خیار العیب، لا یدل علی مقابلته بالثمن، و الا لزم ان یرد البائع جزء من الثمن.

و أما المقام الثانی: فالأظهر- خلافا للسید الفقیه ره و غیره- عدم الرجوع لعدم تغریر البائع اياه و قد اقدم المشتری علی ان الخسارة المتوجهة إلیه من ناحیة الوصف تکون علیه، و هذا یمنع عن صدق الغرور. نعم الأوصاف التی توجد فیما بعد و تتلف- حیث انه لم یقدم علی ضمانها- له الرجوع فیها إلیه.

قال الشیخ قده: ثمّ ان ما ذکرنا کله انما هو إذا کان البیع المذکور صحیحا من غیر جهة کون البائع غیر مالک، اما لو ان فاسدا من جهة

اخری فلا- رجوع علی البائع، لأن الغرامة لأن الغرامة لم تجیء من تغریر البائع فی دعوی الملکیة، و انما جاءت من جهة فساد البیع. انتهی.

و قد استدل المحقق النائینی ره لاختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذی یکون قابلا للصحة بإجازة المالک، بان العقد الفاسد من جهة اخری الضمان الحاصل فیه لا یکون مستنداً الی التغریر، فان الفساد من جهة اخری هو اسبق العلل، فلا یکون البائع غیر مالک هو منشأ الفساد، و لا المجموع بالتشریک، لأن العقد الفاسد من جهة کون البائع غیر مالک بمنزلة وجود المانع، و الفاسد من جهة اخری بمنزلة فقد المقتضی، فلا محالة یستند الفساد الی عدم المقتضی لا إلی وجود المانع.

و فیه: ان سبب الضمان- بعد عدم العقد الصحیح- هی الید، سواء أ کان عدم

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲۸

]...[

الصحة لاختلال شرط من شروط العقد، أو کان لاختلال سائر الشروط. و التغریر سبب للرجوع لا للضمان، فلا یکون التغریر و سبب الضمان مقتضاهما متحداً حتی یشترکا فی التأثیر أو یکون التأثیر للأسبق منهما.

فالأولی: ان یستدل له فیما إذا کان المشتری عالما بالفساد من ناحیة اخری: بان التغریر المساوق للتدلیس و التخدیع متقوم صدقه بجهل المغرور بالضمان، فمع علمه بذلک و انه یکون ضامنا علی کل حال کان البائع مالکا ام لا، لا یصدق هذا العنوان، فلا وجه للرجوع.

تعاقب الأیدی

مسألة: إذا باع الغاصب ما غصبه، ثمّ باعه المشتری بشخص ثالث و تلف المال فی ید المشتری الثانی، لا خلاف فی انه للمالک مع رد البیع الأول الرجوع الی کل من الغاصب و المشترین، مع ان الشیء الواحد لیس له الا بدل واحد فکیف یحکم بضمان کل من الثلاثة.

و تنقیح القول فی المسألة انما هو بالبحث فی مقامین.

الأول: حکم المالک بالإضافة الی کل واحد منهم.

الثانی: حکم کل واحد منهم بالإضافة الی الآخر.

اما المقام الأول: فقد أورد علی ضمان کل من دخل المال تحت یده بما حاصله: انه ان اعتبر شیء واحد فی الذمم یلزم استقرار الواحد فی محال متعددة، و ان التزم بتعدد ما فی الذمم یلزم کان یکون لشیء واحد ابدال متعددة، مع ان الشیء الواحد لیس له الا بدل واحد.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۲۹

]...[

و الحق فی الجواب: عن هذا الشبهة ان یقال: ان الکلام تارة فی الحکم الوضعی، و اخری فی الحکم التکلیفی.

اما من حیث الحکم الوضعی: فان قلنا بان معنی ضمان العین کونها فی عهدة الضامن- کما قویناه- لا محذور فی تعدد الضامن، فان الشیء الواحد فی المحال المتعددة اعتباراً ککونه فی الأذهان المتعددة بتعدد صوره لا محذور فیه، و العهدة لیست الا محلا اعتباریا، و حیث انه واحد فلا محالة یسقط عن جمیع الذمم بأداء واحد منهم.

و ان قلنا: بان ضمان العین انما هو ثبوت بدلها فی الذمة، فان قلنا بان فی ذمة کل واحد حصة من الطبیعی غیر ما فی ذمة الآخر، لزم

ثبوت ابدال عدیدة لشیء واحد، و اما ان قلنا بان الطبیعی بنفسه فی ذمة کل واحد من دون ان یصیر حصة، أو قلنا بان حصة منه فی ذمة کل واحد من جهة انه وجود اعتباری لا محذور فی الالتزام بشیء من ذلک، فلا یلزم هذا المحذور ایضا.

و أما من حیث الحکم التکلیفی: فالکلام فیه هو الکلام فی الوجوب الکفائی لأنه احد مصادیق ذلک، و قد حققنا فی الأصول إمکانه، فلا محذور أصلا.

و أما ما افاده الشیخ ره فی الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله: ان الذمم المتعددة تشتغل بواحد علی البدل نظیر الواجب الکفائی فی العبادات. فیرد علیه: انه فی الواجب الکفائی لا- یکون الوجوب متوجها الی احد الأفراد علی البدل، فان ذلک غیر معقول، بل الوجه المعقول هناک توجه التکلیف الی الجمیع، لکن مشروطا بعدم إتیان الآخرین، و هذا لا یمکن الالتزام به فی المقام، فانه اما ان یلتزم بتقیید اشتغال کل ذمة بعدم اشتغال الأخری، أو یلتزم بتقیید اشتغالها بعدم المطالبة من الآخر، أو یلتزم بتقییده بعدم أداء الآخر. و لازم الأول انتفاء الاشتغال رأسا لو کان الشرط عدم الآخر مقارنا له، و ثبوت الاشتغالین معا لو کان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۰

[...]

و هما کما تری. و لازم الثانی ثبوت الاشتغالین و بدلین عند عدم مطالبتهما. و لازم الثالث استحقاق المالک لأبدال متعددة لو ادی الجمیع ما فی ذممهم کما یحصل الامتثال بفعل الجمیع لو اتفق الجمیع علی الامتثال فی الواجب الکفائی، مع ان المالک لا یستحق فی شیء من الحالات الا بدلا واحدا.

و أما الالتزام بان الخطاب بالنسبة الی غیر من بیده التلف تکلیفی لا وضعی کما عن بعض الأعاظم، فیرد علیه: انه لا وجه له بعد کون نسبة علی الید إلیهما علی حد سواء.

المقام الثانی: فی حکم کل واحد منهم بالإضافة الی الأخر.

و محصل الإشکال فی المقام: ان الأصحاب حکموا فی صورة توارد الأیدی: انه لو تلفت العین یکون قرار الضمان علی من تلفت العین فی یده، و لم رجع المالک الی السابق یرجع هو الی اللاحق، و لا یرجع اللاحق الی السابق الا إذا کان هناک غرور، فان المغرور یرجع الی من غره، مع اشتراکهما فی سبب الضمان و وحدة نسبة علی الید إلیهما.

و أجابوا عن ذلک بأجوبة:

الأول: ما افاده الشیخ ره، و حاصله: ان السابق بمجرد وضع یده یصیر ضامنا، بحیث یکون بدل العین علی تقدیر التلف علی ذی الید، فتصیر العین بذلک مضمونة بالقوة و منحیثة بهذه الحیثیة، فید اللاحق واردة علی عین لها بدل، فضمانها ضمان عین لها بدل، و مرجع ذلک الی ضمان العین و بدلها علی سبیل البدل، إذ لو کان الضمان لخصوص العین خرج البدل عن کونه بدلا.

و بهذا التقریب تندفع جملة من الإشکالات التی أوردها بعض المحشین، منها: انه ما الوجه فی ضمان البدل و لم یدل دلیل علیه، إذ قد عرفت ان ضمانه مقتضی البدلیة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۱

[...]

و منها: ان لازمه جواز رجوع السابق الی اللاحق قبل دفع البدل، إذ البدل طولی لا عرضی.

و لکن ترد علیه امور:

الأول: ان الضمان عبارة عن کون العین فی العهدة حتی بعد التلف- کما تقدم تحقیقه- فلا یکون لها بدل.

الثانی: ان الانتقال الی البدل علی القول به لیس قبل التلف، بل من حینه، و فی ذلک الحین تشتغل جمیع الذمم بالبدل فی عرض واحد بلا سبق و لحوق.

الثالث: ان لازم ما ذکره انه لو دفع العین من اللاحق الی السابق بعد اخذه منه و تلفت عنده له الرجوع الی اللاحق، إذ اللاحق اشتغلت ذمته بماله بدل، و بعد عود المال الی السابق لا یصیر ضامنا لشیء لضمانه قبله.

الثانی: ما عن صاحب الجواهر ره، و هو: ان من تلفت العین تحت یده ذمته مشغولة للمالک بالبدل و ان جاز له الزام غیره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فیملک حینئذ من ادی بأدائه ما للمالک فی ذمته بالمعاوضة القهریة الشرعیة.

و فیه: ان هذا یبتنی علی ما اختاره من عدم معقولیة اشتغال ذمتین بمال واحد، و قد عرفت ضعف المبنی.

الثالث: ما عن السید الفقیه ره، و هو ان العین التالفة تکون باقیة علی ملک مالکها، و لذا یصح الصلح علیها و احتسابها خمساً أو زکاة، و ما یدفعه السابق الی المالک یکون عوضا عنها، و مقتضی العوضیة خروج العین التالفة عن ملک مالکها صیرورتها ملکا للدافع، فیکون هو مثل المالک فی جواز الرجوع الی اللاحقین.

ثمّ أورد علی نفسه: بان لازم ذلک جواز رجوع اللاحق الی السابق ایضا، لأن المفروض انه قام مقام المالک.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۲

[...]

و أجاب عنه: بان الوجه فی عدم جواز رجوعه إلیه انه السبب فی ضمان السابق، بمعنی استقرار العوض فی ذمته.

و فیه: ما تقدم من ان السببیة بهذا المعنی لیست احد موجبات الضمان، و علیه فلا فرق بین السابق و اللاحق، مع ان ما یدفعه الدافع الی المالک انما یکون غرامة و بدلا عن ماله، من جهة ان مالیة العین تلفت، فمقتضی التغریم ان یحفظ مالیتها بدفع مال، و لا یکون بدل ملک عن ملک.

و بعبارة اخری: لا یکون بدلا عن العین فی الملکیة کی یتوقف علی تبدیل اضافة الملکیة من الطرفین.

الرابع ما استند إلیه جماعة منهم المحقق الخراسانی ره و علی اختلاف بینهم فی التعبیر، و حاصله: انه فی باب التغریمات المتبع هو الطریقة العرفیة الممضاة شرعا، و من المعلوم لمن راجع العرف و العقلاء انهم یفرّقون بین دخول العین فی العهدة ابتداءً و دخولها فی العهدة بعد ما کانت داخلة فی عهدة اخری، و یرون انه علی الأول أداء بدل العین و علی الثانی أداء بدل العین للمالک، و بدل ما یؤدیه السابق له علی البدل.

فمقتضی الأول الخروج عن عهدة العین، و مقتضی الثانی الخروج عن عهدة العین، و عن عهدة عهدتها.

الظاهر هذا احسن ما یمکن ان یقال فی وجه جواز الرجوع. نعم لا بد من تقییده بما إذا لم تکن ید اللاحق مجانیه و غیر معاوضیة، و الا فلیس بناء من العقلاء علی الرجوع، مثلا لو غصب زید من عمرو شیئا فوهبه لبکر ثمّ تلف تحت یده، لو رجع المالک الی الغاصب لیس له الرجوع الی بکر، و هو واضح.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۳

و لو جمع بین ملکه و غیره مضی فی ملکه و تخیر المالک فی الآخر

بیع الفضولی مال نفسه مع مال غیره

مسألة: و لو جمع بین ملکه و غیره و باعهما معا بعقد واحد و ثمن کذلک مضی بیعه فی ملکه و کان فیما لا یملک موقوفا علی

الإجازة، و هو مراد المصنف بقوله: تخیر المالک فی الآخر.

و قال الشیخ: لا ریب فی الصحة علی القول بصحة بیع الفضولی، و الظاهر الصحة علی القول ببطلانه.

و هو قابل للمناقشة، فان جمیع ما ذکر وجها للبطلان یجری علی القول بصحة بیع الفضولی. نعم علی القول بصحته و کون الإجازة کاشفة بنحو الشرط المتأخر و تحققها لا یجری شیء من تلک الوجوه کما ستعرف.

و کیف کان: فیشهد للصحة فی المملوک علی جمیع التقادیر- مضافا الی الإجماع-: صحیح الصفار عن ابی محمد العسکری (علیه السلام): لا یجوز بیع ما لیس یملک و قد وجب الشراء من البائع علی ما یملک «۱». بل العمومات الدالة علی صحة العقود کالآیة الشریفة «۲» تدل علی الصحة فیه.

و قد ذکروا فی وجه عدم الشمول أمورا:

منها: ان البیع امر واحد بسیط، فاما ان یکون هذا الواحد مشمولا للعمومات فلازمه الصحة فی جمیع اجزاء المبیع، أو لا یکون مشمولا لها فلازمه البطلان فی الجمیع. و علی التقدیرین لا وجه للتفکیک بین الأجزاء صحة و فسادا، و حیث انه لا یمکن

---

(۱) الوسائل- باب ۲- من أبواب عقد البیع و شروطه.

(۲) المائدة آیة ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۴

[...]

الالتزام بالأول و إلا لزم خروج المال عن ملک مالکه بلا رضاه، فیتعین البناء علی البطلان فی الجمیع.

و فیه: ان البیع- ای الإنشاء- و ان کان واحدا، الا ان ما تضمنه من التملیک یکون متعددا حقیقة لتعدد الملکیة بتعدد المملوک، فإذا تعددت الملکیة یتعدد التملیک لا محالة، لأن الإیجاد و الوجود متحدان حقیقة، واحد التملیکین یکون مشمولا للعمومات، و هو ما تعلق بماله دون الآخر، فیصح هو دون صاحبه.

و ان شئت قلت: ان الإنشاء واحد صورة و منحل الی انشاءات متعددة حسب ما للمنشأ من الإفراد.

و مما یشهد للانحلال: - مضافا الی ظهوره علی ما عرفت- انه لو انضم الی ما یصح بیعه بعض ما نهی الشارع عن بیعه و باعهما بإنشاء واحد لم یتوهم احد صحة هذا البیع مستندا الی ان دلیل النهی لا یشمل مثل هذا البیع لعدم کونه متعلقا به استقلالا، فان المتعلق المجموع من حیث المجموع، مع ان لازم هذا الوجه ذلک.

و منها: ان البائع لم یرض بانتقال ماله منفردا، فانه رضی بانتقاله منضما الی مال غیره، و قد خصصت العمومات بما دل علی اعتبار الرضا فی صحة البیع.

و فیه: ان البائع قد رضی بانتقال ماله و انتقال مال غیره، فکل منهما متعلق للرضا، فانتقال ماله یکون عن رضا، و غایة ما هناک عدم انتقال مال غیره برضاه لا انتقال ماله بلا رضاه، مع انه أخص من المدعی، إذ ربما یکون راضیا بانتقاله منفردا ایضا.

و منها: انه یلزم من الصحة عدم تبعیة العقد للقصد، إذ ما قصد هو المجموع، و ما وقع غیره.

أقول قد ظهر جوابه مما ذکرناه فی سابقه، فان البائع قاصد لانتقال ماله فی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۵

[...]

ضمن قصده انتقال المجموع.

و منها: ان الثمن الواقع بإزاء الجزء المملوک مجهول، فلا تصح المعاملة الواقعة علیه.

و فیه: ان المتیقن من دلیل اعتبار العلم بالعوضین اعتبار العلم بما یجعل عوضا أو معوضا فی الإنشاء لا اعتبار العلم بما ینفذ فیه البیع شرعا.

و أما طریق معرفة حصة کل منهما، فلا اشکال فیما لو عین حصة کل منهما، کما لو لاحظ البائع و المشتری وقوع حصة معینة من الثمن بإزاء کل جزء من المثمن.

انما الکلام فیما لو لم یلاحظا ذلک و أوقعا العقد علی المجموع، من ناحیة معرفة الحصة و التقسیط. و لهم فی ذلک مسالک:

الأول: ما عن المشهور، و هو: انه یقوّم مجموع المالین ثمّ یقوّم مال غیره ثمّ تنسب قیمته الی قیمة المجموع فیؤخذ بتلک النسبة، فإذا کانت قیمة مصراعی الباب عشرة و کانت قیمة أحدهما اثنتین یرجع المشتری بخمس الثمن.

الثانی: ما اختاره الشیخ ره وفاقا لغیره، و هو: انه یقوّم کل واحد منهما منفردا فیؤخذ لکل واحد جزء من الثمن نسبته إلیه کنسبة قیمة الی مجموع القیمتین، فإذا کان الثمن عشرة و کانت قیمة مال نفسه اربعة و قیمة مال غیره اثنتین، یرجع المشتری بثلث الثمن. إذ نسبة قیمة مال غیره الی مجموع القیمتین هی ذلک.

الثالث: ما اختاره جمع من الأساطین، و هو: انه یقوّم کل واحد منفردا، لکن بملاحظة حل الانضمام، فیؤخذ لکل واحد جزء من الثمن نسبته إلیه کنسبة قیمته الی مجموع القیمتین.

و الأظهر هو الثالث، و ذلک یظهر ببیان امور:

الأول: ان الهیئة الاجتماعیة ربما لا تکون موجبة لازدیاد القیمة و لا لنقصانها،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۶

و للمشتری مع فسخ المالک الخیار

و ربما تکون موجبة لأحدهما. و علی الثانی تارة: تکون موجبة للازدیاد من الطرفین بالسویة کما فی مصراعی الباب، و اخری: تکون موجبة له بالاختلاف کما لو کان قیمة أحدهما مع الانضمام خمسة و لا معه اربعة، و کان قیمة الآخر معه ستة و لا معه ثلاثة. و ثالثة: تکون موجبة للنقصان من الطرفین بالسویة. و رابعة: تکون موجبة له بالاختلاف. و خامسة: تکون موجبة للزیادة فی أحدهما و النقیصة فی الآخر، کما لو باع جاریة مع ابنتها الصغیرة و فرضنا ان قیمة الام تنقص فی صورة ضم ابنتها إلیها من جهة قیامها بتربیتها، و قیمة الصغیرة تزید بذلک.

الثانی: ان کل جزء انما قوبل بجزء من الثمن فی حال الانضمام لا مطلقا.

الثالث: ان الأوصاف لا تقابل بالمال، و تخلفها یوجب الخیار لارد جزء من الثمن.

و بهذه الأمور یظهر أن الأظهر هو الثالث، إذ یرد علی الأول: ما ذکره الشیخ ره من انه لا یستقیم فیما إذا کان لاجتماع الملکین دخل فی زیادة القیمة کما فی مصراعی الباب و زوج خف إذا فرض تقویم المجموع بعشرة و تقویم أحدهما بدرهمین و کان الثمن خمسة، فان لازم هذا القول رجوع المشتری بخمس الثمن فیبقی للبائع اربعة فی مقابل مصراع واحد، مع انه لم یجعل فی المعاملة فی مقابلة الأنصف الثمن.

و یرد علی الثانی: هذا المحذور بعینه فی صور الاختلاف، فانه فی مثال الجاریة و ابنتها إذا باعهما بعشرة و کانت قیمة الجاریة فی حال الانفراد ستة و فی حال الانضمام اربعة و قیمة ابنتها بالعکس، فإذا کانت البنت لغیر البائع لازم ما اختاره الشیخ ره رجوع المشتری الی البائع بخمسین من الثمن، مع انه انما جعل من الثمن بإزائها ثلاثة أخماس. فالمتعین هو القول الثالث.

و کیف کان: ف للمشتری مع فسخ المالک و رده العقد الخیار فله

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۷

]...[

حینئذ رد الجمیع بلا خلاف، و عن التذکرة نسبته الی علمائنا لتبعض الصفقة، و وجوب البیع فی خبر الصفار انما هو بالنسبة الی البائع. و صرح بعضهم باعتبار الجهل فیه، فلو کان عالما ان بعضه للغیر و یحتمل ان لا یجیز العقد لم یکن له خیار لاقدامه علی ذلک، و تمام الکلام فی هذا الخیار و مورده فی فصل الخیارات.

بیع نصف الدار

ثمّ انه بقی الکلام هنا فی مسألتین:

احداهما: ما لو باع من له نصف الدار نصف تلک الدار، و قبل الشروع فی البحث فیها لا بد من تقدیم مقدمتین:

الأولی: فی بیان الکسر المشاع و ان الشرکة الحاصلة فی المبیع علی ای کیفیة، و العمدة فیه مسلکان:

أحدهما: ما هو المنسوب الی المشهور، و هو: ان معنی الشرکة علی الإشاعة ان کل جزء یفرض فی الجسم فکل واحد من الشریکین المساویین مالک لنصف هذا الجزء.

ثانیهما: ان کل واحد منهما مالک لتمام المملوک، و انما الملکیة تکون ضعیفة و ناقصة، فالأخوان الوارثان لأبیهما هما معا بالإضافة الی المال کأبیهما، و طرف اضافة الملکیة هما مجتمعا، و کل منهما مالک لجمیع المال، و لکن بالملکیة الناقصة لا التامة.

و قد استدل للأول: بان المشهور بین المتکلمین و بعض الحکماء قبل الإسلام و ان کان ان مادة الجسم المطلق هی الأجزاء التی لا تقبل القسمة لا خارجا و لا ذهنا و یسمی کل جزء من هذه الإجزاء بالجوهر الفرد و الجزء الذی لا یتجزأ، و لکن بطلان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۸

]...[

هذه المقالة- کبطلان مقالة النظام، حیث ذهب الی ان الجسم مؤلف من اجزاء غیر متناهیة- فی عصرنا من أوضح البدیهیات، لأن کل ما یشار إلیه بالإشارة الحسیة لا بد ان یکون ما یحاذی منه جهة الفوق غیر ما یحاذی منه جهة التحت، و کذا باقی الجهات، فلا محیص من ان یکون منقسما و ان لم یکن لنا آلة لتقسیمه، مضافا الی ما برهنوا علیه من لزوم تفکک الرحی و نفی الدائرة. و علیه فکل جزء یفرض فی الجسم کل واحد من الشریکین مالک لنصف ذلک الجزء.

و فیه: ان هذا البرهان لو تم لاقتضی إمکان ذلک لا کون ما فی الخارج کذلک. و الأرجح فی النظر هو الثانی، و ذلک لأنه مضافا الی انه المناسب للفهم و الوجدان و یلائم مع الطبع یشهد له وجهان:

أحدهما: انه لا- إشکال فی ان الشیء الخارجی الذی یکون ملکا و مالا لو قسّم ربما یصل الی حد یسقط عن المالیة و الملکیة لو نصّف، فعلی هذا لو خلف المیت شیئا له المالیة و کان ورثته متعددین لو قسّم ذلک بحسب تعددهم لا یکون کل جزء منه ملکا یلزم البناء علی عدم کونه ملکا لأحد، و هو کما تری.

الثانی: ان المملوک المشترک ربما یکون من الأعراض و الأفعال و الأعمال غیر القابلة للقسمة لبساطتها کالصلاة و رفع الحجر من الأرض و نحو ذلک، و لا معنی للالتزام بالملکیة بالمعنی الأول فی هذه الموارد، فلا مناص عن البناء علی ما اخترناه، و هذه آیة قطعیة علیه. و أضف الی ذلک کله عدم معقولیة المعنی الأول، فان کل ما فی الخارج یکون معینا، و لا معنی لوجود شیء فی الخارج غیر

معین فی الواقع و حیث ان الکسر المشاع بذلک المعنی غیر معنی فلا یمکن الالتزام به.

فتحصل مما ذکرناه: ان معنی الملکیـة المشاعـة هو مالکیـة الشـرکاء، کل منهم لجمیع المال بالملکیة الضـعیفة، و نظیره فی التکوینیات رفع جماعة حجراً واحداً، حیث

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۳۹

[...]

ان الرفع یستند الی مجموعهم، فعلی هـذا معنی بیع نصف الـدار بیعه بتمامه بإعطاء الملکیـة الناقصة، و هذه مسامحة فی التعبیر، و شاع ذلک.

الثانیة: فی تعیین محل النزاع و البحث.

لا خلاف و لا إشکال فیما لو علم بانه أراد من النصف شیئا معینا من نصفه المختص به، أو نصف غیره، أو المشاع فی الحصتین. و انما الکلام فی موردین:

الأول: ما لو علم انه قصد شیئاً معینا و کان ذلک مشتبها و غیر معلوم عندنا.

الثانی: ما لو علم بانه لم یقصد بقوله بعتک نصف الدار الا المفهوم هذا اللفظ و ظاهر الشـیخ اختصاص النزاع بالمورد الثانی، و صریح السید ره اختصاصه بالمورد الأول، و ذهب المحقق النائینی ره الی التعمیم.

أقول: لا ینبغی التوقف فی کون الأول مورد النزاع، و لم یذکر وجه لعدم النزاع فیه، و اما ما ذکر فی وجه عدم جریان النزاع فی المورد الثانی، و حاصـله: ان الظهورات انما تکون لتشخیص المرادات و المفروض انه لم یقصد المتکلم خصوصیة ملکه أو ملک غیره، و انما قصـد مفهوم النصف الـذی مقتضاه لیس الا الإشاعـة. فیرد علیه: ان المراد من انه لم یقصـد الا مفهوم هـذا اللفظ لیس خلو الکلام عن المراد الجدی، بل المراد انه انما قصد مفهوم هذا اللفظ و تعلقت ارادته الجدیة به هکذا، ای بما یقتضـیه ظهور هذا الکلام و لو بلحاظ المقام مع خلوه عن الإرادة التفصیلیة.

و علی هذا فیقع الکلام فی موردین: الأول: فیما إذا لم یقصد الا مفهوم هذا اللفظ.

الثانی: فیما إذا قصـد معینا غیر معلوم لنا. و حیث ان المـدرک و کذلک المختار فی الموردین واحد فلا حاجة الی البحث فی کل من الموردین مستقلا.

و کیف کان: فقد ذکر فی وجه ظهور الکلام فی النصف المشاع بینه و بین

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۴۰

[...]

الأجنبی: ان النصف ظاهر فی الحصة المشاعة فی مجموع الحصتین.

و اورد علیه الشیخ ره بان هذا الظهور یعارض مع ظهورین آخرین:

أحدهما: ظهور مقام التصرف فی ارادة حصته المختصة.

ثانیهما: ظهور إنشاء البیع فی البیع لنفسه لأن بیع مال الغیر یتوقف علی نیـة الغیر أو اعتقـدا کونه له أو البناء علیه عدوانا، و الکل خلاف المفروض، و هو قده من جهة هذا التعارض توقف فی المسألة.

و فیه: انه لو سـلم ظهور النصف فی المشاع بین الحصتین و لم نلتزم بما افاده الشیخ ره فی أثناء کلامه من انه ظاهر فی نفس المشاع لا فی المشـاع بین الحصـتین، لا ریب فی انه ظهـور إطلاقی نـاشٍ عن انتفـاء مـا یـوجب التعیین، فظهـور مقـام التصـرف فی ارادة حصـة

المختصة يمنع عن انعقاده. فالأظهر الحمل على نصفه المختص.

قال الشيخ قده: و لعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم انه لو اصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق استحق الزوج بالطلاق النصف الباقى لا نصف الباقى و قيمة نصف الموهوب. انتهى.

أقول: ان بنينا على ان المرأة تملك بالعقد نصف المهر و بالدخول تملك نصفه الآخر، تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا، لأن محل البحث فى المقام لا- يكون خصوص البيع، فالوجه فى حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقى هو ما ذكرناه و اما ان قلنا بأنها تملك تمام المهر و بالطلاق قبل الدخول يرجع نصفه الى الزوج، فهى اجنبية عن المقام، فان المرأة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال، و الطلاق ليس إنشاء لرد النصف كى يجرى فيه هذا النزاع.

اللهم الا- ان يقال: ان ما ذكره الشيخ ره- الذى أشار إليه هنا- هو عدم التنافى بين ظهور النصف فى الإشاعة و حمله على نصفه المختص من باب انه من ملك

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۴۱

]...[

كليا ملك مصداقه، فما ذكروه فى صداق المرأة نظير للمقام من هذه الجهة، فان حكم الشارع الأقدس برد نصف المهر فى قوة تمليك الزوجة نصفه للزوج، فيكون من باب انه من ملك كليا ملكه مصداقه، إذ المرأة مالكة لمصداق النصف فيكون نظيرا للمقام.

بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله

الثانية: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر صفقة بثمن واحد: فلا خلاف فى صحة البيع فى المملوك، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

و يشهد لهم- مضافا الى ذلك، و إلى العمومات التى عرفت فى مسألة بيع الملك و غير الملك تقريب دلالتها على الصحة فى أمثال المقام، و ان ما ذكر فى وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضى و اخرى لعدم المانع غير تام، فراجع ما حققناه- إطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة المتضمنة انه لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «۱»، فإنها بإطلاقها تشمل ما إذا كان بعض القرية وقفا عاما غير مملوك لأحد.

و طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره يعرف مما تقدم فى مسألة ما لو باع ماله مع مال الغير من انه يقوّم كل واحد منفرداً، لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

لكن الإشكال هنا فى طريق معرفة قيمة غير المملوك لفرض انه لا قيمة له له.

---

(۱) الوسائل- باب ۲- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ۱.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۴۲

]...[

أقول: لا إشكال فيما إذا باع غير المملوك بعنوانه كما لو ضم الخمر الى الخل فباعهما بصفقة واحدة، فانه يعرف قيمة الخمر بالرجوع الى من يراها ملكا و مالا، انما الإشكال فيما إذا باعه بعنوان ما يملك، كما لو باع شاة و خنزيراً بعنوان انهما شاتان، و الأظهر انه يقوّم قيمة المملوك- اى الشاة- لأن بذل المال انما يكون بإزاء الصورة النوعية و الا فالأجسام من حيث هى لا مالية لها و لا يبذل بإزائها

المال. و المراد بها الصورة النوعیة العرفیة، ففی المقام بذل جزء من الثمن بإزاء الشاة دون الخنزیر فلا بد من لحاظ ذلک فی مقام التقویم.

هذا إذا کان غیر المملوک مالا عرفا، و اما ان لم یکن مالا فقد اختار السید الفقیه بطلان البیع فی هذه الصورة من جهة انه لا یمکن تعیین ما بإزاء غیر المملوک لأنه لا قیمة له، و لا یمکن البناء علی الصحة بالنسبة الی المملوک فی تمام الثمن لأنه جعل بإزاء غیر المملوک فی المعاملة بعضه فیتعین البناء علی البطلان.

و فیه: انه یتم فی صورة الجهل فانه یجعل بإزاء ما لا یملک جزء من الثمن، و لا یتم فی صورة العلم من جهة انه فی تلک الصورة لا یجعل بإزائه شیء من الثمن و یکون ذلک نظیر ضمیمة الأوساخ، فلا محالة یصح البیع فی تمام الثمن.

و بذلک یظهر تمامیة ما افاده الشیخ الکبیر من التفصیل بین صورة العلم و الجهل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۴۳

ولایة الأب و الجد

اشارة

مسألة: یجوز للأب و الجد أن یتصرفا فی مال الطفل بالبیع و الشراء بلا خلاف.

و فی الجواهر: دعوی الإجماع بقسمیه علیه، و فی غیر واحد من الکتب: دعوی ذلک.

و استدل له الشیخ الأعظم قده: بالأخبار المستفیضة المصرحة فی موارد کثیرة، و بفحوی سلطنتهما علی بضع البنت فی باب النکاح «۱».

و فیه: ان النصوص المستفیضة المشار إلیها طوائف:

الأولی: ما تضمنت الأخذ من مال الولد «۲».

الثانیة: ما وردت فی تقویم الأب جاریة ولده الصغار ثمّ یصنع بها ما شاء «۳».

الثالثة: ما وردت فی جواز اتجار الوصی بمال الطفل إذا کان قد اوصی ابوه بذلک «۴».

و لا یصح الاستدلال بشیء منها، اما الأولی: فلأنها واردة فی تصرف الأب لنفسه استقلالا لا تصرفه لابنه، مع انها واردة فی الولد مطلقا صغیرا کان ام کبیرا، بل مورد أکثرها البالغ، و فی بعضها التقیید بصورة الحاجة و الاضطرار، و فی بعضها المنع عن الأخذ إذا کان الولد ینفق علیه بأحسن النفقة، مع انها مختصة بالأب غیر متعرضة للجد.

---

(۱) الوسائل- باب ۶- من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد.

(۲) الوسائل- باب ۷۸ و ۷۹- من أبواب یکتسب به.

(۳) الوسائل- باب ۷۸ و ۷۹- من أبواب یکتسب به.

(۴) الوسائل- باب ۹۲- من أبواب احکام الوصایا.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۴۴

[...]

و اما الثانیة: فلأنه من الممکن اختصاص ذلک بالجاریة من جهة ان الشارع الأقدس قد وسع فی اسباب حلّیة الوطء بما لم یوسع فی

سائر المعاملات کما تقدم فی مبحث الفضولی، مع ان فیها ما ورد فی الکبیر کصحیح ان محبوب الوارد فی تقویم جاریة البنت التی قد أهداها إلیها أبوها حین زوّجها، مع انها من جملة ادلة جواز تصرفاته الراجعة الی نفسه و سبیلها سبیل تلک الأدلة.

و أما الثالثة: فعدم دلالتها علی الولایة فی حال الحیاة واضح.

و أما الفحوی فقد تقدم فی مبحث الفضولی المناقشة فی فحوی نفوذ النکاح بالإضافة الی سائر المعاملات. فراجع.

و لکن مع ذلک اصل الحکم مما لا ینبغی التوقف فیه لبناء العقلاء علیه و عدم ردع الشارع عنه، و اجماع الامة علیه، و جملة کثیرة من النصوص الدال بعضها کنصوص الاتجار بماله الوارد فی باب الزکاة «۱» و المؤید غیره کالنصوص المتقدمة.

بقی الکلام فی الجملة المذکورة فی جملة من الأخبار (أنت و مالک لأبیک) «۲» لا اشکال فی عدم کون اللام للملک لعدم مملوکیة رقبة الولد لأحد، و ماله المفروض کونه ملکا له لا یعقل کونه ملکا لأبیه، و کذا لا ینبغی التوقف فی عدم کونها للاختصاص بعنوان کونه و ماله تحت ولایته لأنها وردت فی الکبیر ایضا، و لا کلام فی عدم ولایته علی ولده الکبیر، بل الأمر یدور بین أمرین: الأول: ان تکون اللام للاختصاص بنحو السلطنة علی الانتفاع به و بماله فسبیلها حینئذ سبیل النصوص المتقدمة الدالة علی ذلک.

---

(۱) الوسائل- باب ۲- من أبواب من تجب علیه الزکاة.

(۲) الوسائل- باب ۷۸- من أبواب ما یکتسب به.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۴۵

[...]

الثانی: ان تکون لإفادة کون الولد موهوبا تکوینا للأب و انتسابه إلیه بکونه ولده.

و یؤید الثانی المکاتبة الواردة عن الإمام الرضا (علیه السلام) حیث قال: و علّة تحلیل مال الولد لوالده بغیر اذنه و لیس ذلک للولد لأنه الولد موهوب للوالد فی قوله عز و جل ... إلخ «۱» و علیه فهی حکمة التشریع.

و بعبارة اخری: انها علة التحلیل فی مقام الثبوت لا الإثبات، و تدل علی ان منشأ جعل تلک الآثار ذلک و لا تکون هی متکلفة لحکم جعلی فلا یتمسک بإطلاقها.

انما الکلام یقع فی جهات:

اعتبار العدالة

الأولی: فی انه هل یعتبر فی ولایة الأب و الجد العدالة- کما عن الوسیلة و الإیضاح- ام لا تعتبر- کما هو المشهور بین الأصحاب؟- وجهان.

قد استدل لعدم الاعتبار بوجوه:

الأول: الأصل، تمسک به الشیخ قده فی مقابل الإطلاق، و علیه فلیس المراد به القاعدة المستفاد منه، بل المراد به الأصل العملی، و لذا أورد علیه جمع ممن تأخر عنه منهم المحقق النائینی ره: بان الأصل بالعکس، لأن نفوذ تصرف شخص فی مال غیره یتوقف علی الدلیل، و مع عدمه الأصل یقتضی عدم نفوذه.

---

(۱) الوسائل- باب ۷۸- من أبواب ما یکتسب به حدیث ۹.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۴۶

[...]

و لكن الظاهر ان مراده بالأصل هو استصحاب عـدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء و عدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس، و عليه فلا إيراد عليه.

الثانى: الإطلاقات، تمسك بها الشيخ ره و تبعه غيره و لا بأس به ان كان هناك إطلاق، و قد تقدم الكلام فيه.

الثالث: الإجماع المحكى عند التذكرة على ولاية الفاسق على التزويج و هو كما ترى.

و قد استدل لاعتبار العدالة بوجهين:

الأول: انه ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يعرب عن حاله و يستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق أمينا يقبل اقراراته و إخباراته عن غيره.

و فيه: أولا: ان المنافى للحكمـة جعل من لا يبالى بالخيانة وليا، فإذا فرضـنا تحديد الولاية بالتصـرفات التى لا مفسدة فيها- لا سيما إذا كان مأموناً من هذه الجهة خصوصا بملاحظة شفقة الأبوة و رأفته- لم يكن فسقه مانعا عن جعله وليا.

و ثانيا: ما ذكره الشيخ ره بقوله: بان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال الطفل اى رؤية آثار ضيق المعاش عليه أو اختلاف حاله فى ثروته منعه من التصرف فى ماله ... إلخ.

الثانى: نص القرآن، و قد استظهر الشيخ ره ان المراد به آية الركون الى الظالم «۱»، و استظهر بعض مشايخنا ان المراد به آية النبأ «۲». تقريب الاستدلال بالأولى احد وجهين: أحدهما: ان جعله تعالى الفاسق أمينا

(۱) هود آية ۱۱۴.

(۲) الحجرات آية ۷.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۴۷

[...]

و وليا ركون منه الى الظالم، مع انه نهى عنه.

ثانيهما: ان المعاملة مع الأب بعنوان انه ولى الطفل ركون إليه، و هو منهى عنه.

و فى كليهما نظر: اما الأول: فمضافا الى انه استدلال بفحوى الآيـة لا بنصـها من جهـة ان الناهى عن شـىء كيف يفعله، انه غير تام، إذ مجرد جعله أمينا و وليا كجعل شـخص وكيلا ليس ركونا إليه، مع ان الملاك غير معلوم، و لعله لركون العبـد مفسدة ليست فى ركون المولى.

و أما الثانى: فلأن المعاملـة مع الأب بعنوان ان الله تعالى جعله أمينا و وليا ليست ركونا من العبـد إليه، فإنها كالمعاملة معه بما انه مالك أو وكيل هذا كله مضافا الى ان الظالم أخص من الفاسق، أضف الى ذلك ما قيل من ورودها فى سلاطين الجور و ان المراد بالركون الدعاء لهم بالبقاء.

و أما الآيـة الثانية: فيرد على الاسـتدلال بها: ان قبول اخبار الفاسق و إقراره حينئذ انما يكون من جهة كون وليا حيث انه من ملك شـيئا ملك الإقرار به، و لا ينافى مع عـدم قبوله منه عن غيره من حيث هو، و الآيـة متضـمنة للثانى، مع ان عدم قبول اخباره و إقراره لا ينافى ثبوت الولايـة، مضافا الى ان قبول اخباره و إقراره بعـد ثبوت الولايـة بما انه بلسان انه و ماله لأبيه غير قبول اخباره عن غيره، بل هو فى حكم قبول إقراره على نفسه، فالأظهر عدم اعتبار العدالة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۴۸

[...]

اعتبار المصلحة فی التصرف

الجهة الثانیة: هل یشترط فی تصرفهما المصلحة أو یکفی عدم المفسدة ام لا یعتبر شیء وجوه.

و الکلام فیها فی موردین:

الأول: فی اعتبار عدم المفسدة.

الثانی: فی اعتبار المصلحة.

اما المورد الأول: فعن غیر واحد: دعوی الإجماع علی اعتباره. و استدل لعدم الاعتبار. بإطلاق النبوی و غیره من النصوص.

و اورد علیه الشیخ ره: بانه لأبد من تقییده بما یقید من الأخبار جواز تصرف الأب فی مال الابن بصورة الحاجة کخبر الحسین بن ابی العلا «۱» أو بان لا یکون فیه سرف کصحیح ابن مسلم «۲»، أو کونه مما لأبد منه معللا بان اللّه لا یحب الفساد کصحیح الثمالی «۳»، و بالآیة: وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ «۴» بتقریب انها تشمل الجد و یتم فی الأب بعدم الفصل، و بالإجماع.

أقول: اما الأخبار فهی تدل علی جواز أخذ الأب لنفسه مع الحاجة، و هذا غیر مربوط بتصرفه فیه بعنوان الولایة الذی هو محل الکلام فی المقام.

---

(۱) الوسائل- باب ۷۸- من أبواب ما یکتسب به حدیث ۸.

(۲) الوسائل- باب ۷۸- من أبواب ما یکتسب به حدیث ۱.

(۳) الوسائل- باب ۷۸- من أبواب ما یکتسب به حدیث ۲.

(۴) الأنعام آیة ۱۵۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۴۹

[...]

و اما الآیة الشریفة: ففی شمولها للجد تأمل، لأن من له الجد لا یصدق علیه الیتیم، فتأمل، مع ان عدم الفصل غیر ثابت.

و أما الإجماع: فلیس تعبدیا یکشف عن رأی المعصوم (علیه السلام).

و بما ذکرناه یظهر ما فی کلمات المحقق النائینی ره، فانه بعد الإیراد علی الشیخ ره قال: انه یستفاد من الأخبار ولایته علی الابن، و ان ولایته غیر ولایة الولاة، الحکمة فی جعلها الشفقة و المحبة، و علیه فکما یجوز تصرفه مع الضرر فی ماله یجوز تصرفه فی مال المولی علیه. ثمّ قال: الا ان ینعقد اجماع علی خلافه أو یتمسک بالآیة الشریفة.

فالحق فی الجواب عن هذا الوجه منع الإطلاق کما تقدم و محصله: جملة أنت و مالک لأبیک لیست فی مقام جعل الحکم و الولایة و انما هی فی مقام بیان حکمة التشریع، و اما ما رتب علیه فجواز الانتفاع بماله اجنبی عن المقام و مقید بصورة الحاجة و بغیر سرف، و بما إذا لم ینفق علیه بأحسن نفقة، و جواز الاقتراض. مضافا الی کونه غیر مربوط بالمقام لا مفسدة فیه، و جواز بیعه من نفسه مقید بقیمة عادلة، و جواز نکاح الأب و الجد للبنت مثلا قد عرفت ما فیه. مضافا الی انه قید فی بعض النصوص بعدم کونه مضارا فلا إطلاق للنصوص من هذه الجهة، فالمرجع أصالة عدم الولایة، و هی تقتضی اعتبار عدم المفسدة.

و أما المورد الثانی: فالمشهور بین الأصحاب اعتبار وجود المصلحة، و اختار الشیخ وفاقا لغیر واحد من الأساطین الذین عاصرهم عدم اعتباره و تبعهم جمع من المحققین، و قد استدل علی اعتباره بوجوه:

أحدها: الآیة الشریفة: وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ بدعوی ان الأحسن ما فیه المصلحة، و هی تشمل الجد، و یتم فی الأب بعدم القول

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۵۰

[...]

بالفصل.

و فیه: أولا: ان صدق الیتیم علی الطفل الذی لا أب له و له جد غیر مسلم.

و ثانیا: ان المراد بأحسن الحسن دون التفضیل- کما سیأتی- و الفعل الذی لا مفسدة فیه حسن.

و ثالثا: ان الآیة منصرفة الی الأجانب و لا تشمل الجد.

و رابعا: ان عدم الفصل غیر محرز.

ثانیها: الأصل، فانه بعد ما لیس فی ادلة الولایة ماله إطلاق لأبد من الاقتصار فیها علی المتیقن و هو الولایة علی التصرف الذی فیه المصلحة، و الرجوع فی غیر ذلک الی أصالة عدم ثبوت الولایة أو عدم نفوذ التصرف.

و فیه انّ هذا الوجه حسن ان لم یکن بناء العقلاء علی ثبوت الولایة علی التصرف الذی لا مفسدة فیه، و الظاهر وجوده، و حیث انه لم یردع عنه الشارع أو لم یثبت الردع و مقتضی الاستصحاب عدمه، فیبنی علی عدم اعتباره، و لا مورد للأصل حینئذ.

ثالثها: الإجماع.

و فیه: انه لیس اجماعا تعبدیا فلا یعتمد علیه.

و قد استدل الشیخ ره لعدم الاعتبار بالمطلقات- و قد عرفت ما فیها- و بما ورد «۱» فی نکاح الجد الظاهر فی سلطنته علی ذلک مع عدم المصلحة، وجه ظهوره فیه التعلیل بان البنت و أباها للجد- و قد تقدم ما فیه ایضا- فالصحیح ما ذکرناه.

(۱) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد حدیث ۸.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۵۱

[...]

مشارکة الجد للأب

الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهرا کما ادعی فی ان الجد و ان علا یشارک الأب. و قد استدل له بوجهین:

الأول: ما فی المکاسب، و هوما دل «۱» علی ان الشخص و ماله الذی منه مال ابنه لأبیه.

و فیه: ما تقدم من عدم دلالة هذه الجملة علی الولایة.

الثانی: ما افاده المحقق النائینی ره، و هو ان روایة النکاح شاملة للجد العالی.

و فیه: ان روایات النکاح کلها مختصة بالأب الا ما ورد فی مزاحمة الأب للجد، و اکثر تلک النصوص صریحة أو ظاهرة فی الجد الأدنی أو عدم الأدنی. نعم بعضها «۲» بعنوان الأب و الجد، و هو ایضا یمکن دعوی انصرافه الی الأدنی أو عدم الإطلاق للأعلی

بملاحظة الأخبار الأولى، و حيث ان بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الأدنى لا تخلو عن تأمل.

[فقدان الأب و بقاء الجد]

الجهة الرابعة: و لو فقد الأب و بقى الجد، ففيه موردان للبحث:

الأول: ان ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الأب ام لا؟ المنسوب الى المشهور بين القدماء هو الأول، و إلى المشهور بين المتأخرين هو الثانى.

و استدل للأول: بخبر الفضل بن عبد الملك عن مولانا الصادق (عليه السلام):

---

(۱) الوسائل ۷۸- من أبواب ما يكتسب به.

(۲) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

ان الجد إذ زوّج ابنة ابنه و كان أبوها حيا و كان الجد مرضيا جاز «۱». حيث ان مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة أبيها.

و فيه: انه من قبيل مفهوم الوصف، و لا نقول به، و لعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الأب، و ما فى الجواهر من كونها من مفهوم الشرط، ضعيف، إذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لا يخفى.

الثانى: انه مع فقد الأب هل الولاية مختصة بالجد الأدنى ام تكون ثابتة لأبيه ايضا؟ قولان: استدل للأول فى المكاسب: بآية: أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ «۲» بتقريب: انها تدل على ان القريب اولى بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد و خرج منها الجد مع الأب و بقى الباقى.

و فيه: أولا: ان هذه الآية مختصة بباب الإرث.

و ثانيا: انها تدل على أولوية بعض الأرحام من بعض و لا تدل على تعيين البعض الاولى، و لعله البعض البعيد، بل احتمال كونه اولى أرجح من جهة التعليلات فى النصوص.

و استدل للثانى: بإطلاق الأدلة، و بالاستصحاب.

و يرد على الأول: ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى.

و على الثانى: ما تكرر منا من عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكلية.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ۴.

(۲) الأنفال آية ۷۵.

ولاية النبى صلّى اللّه عليه و آله و الامام عليه السلام

اشارة

مسالة: من جملة اولیاء التصرف فی مال من لا یستقل بالتصرف فی ماله الحاکم.

هذه المسألة انما سیقت لبیان مقدار ولایة الفقیه الجامع للشرائط، و انما یذکر قبله مقدار ولایة النبی صلّی اللّه علیه و آله و الإمام (علیه السلام)، من جهة ان بعضهم ذهب الی ان مقتضی عموم ادلة نیابة الفقیه ثبوت الولایة له بالمقدار الثابت للمعصوم (علیه السلام)، فلا بد أولا من تعیین مقدار تلک الولایة.

ثبوت الولایة التکوینیة للمعصومین علیهم السلام

فأقول: للولایة معان:

۱- الولایة التکوینیة.

۲- وجوب الإطاعة و قبول قول الولی فی الأحکام الشرعیة.

۳- الحکومة و الرئاسة الدنیویة بإدارة شئون الأمة.

۴- الولایة الشرعیة، ای ولایة التصرف فی الأموال و الأنفس.

۵- وجوب الإطاعة فی الأوامر الشخصیة العرفیة.

و الظاهر ثبوت الولایة بجمیع معانیها للنبی و الأئمة صلوات اللّه علیهم أجمعین. فتنقیح القول بالبحث فی موارد:

الأول: فی الولایة التکوینیة- ای ولاء التصرف التکوینی- و المراد بها: کون زمام امر العالم بأیدیهم، و لهم السلطنة التامة علی جمیع الأمور بالتصرف فیها کیف

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۵۴

[...]

ما شاءوا اعداماً و إیجادا، و کون عالم الطبیعة منقاداً لهم لا بنحو الاستقلال بل فی طول قدرة اللّه تعالی و سلطنته و اختیاره، بمعنی ان اللّه تعالی أقدرهم و ملکهم کما أقدرنا علی الأفعال الاختیاریة، و کل زمان سلب عنهم القدرة بل لم یفضها علیهم انعدمت قدرتهم و سلطنتهم.

و من هذا الباب معجزات الأنبیاء و الأولیاء، و قد دل الکتاب الکریم علی ثبوت ذلک لأشخاص، قال اللّه تعالی: وَ قالَ الَّذِی عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنَ الْکِتابِ أَنَا آتِیکَ بِهِ قَبْلَ أَنْ یَرْتَدَّ إِلَیْکَ طَرْفُکَ) «۱» و قال عز من قائل: فَسَخَّرْنا لَهُ الرِّیحَ تَجْرِی بِأَمْرِهِ رُخاءً حَیْثُ أَصابَ وَ الشَّیاطِینَ کُلَّ بَنّاءٍ وَ غَوّاصٍ وَ آخَرِینَ مُقَرَّنِینَ فِی الْأَصْفادِ «۲» و قال سبحانه: أَنِّی أَخْلُقُ لَکُمْ مِنَ الطِّینِ کَهَیْئَةِ الطَّیْرِ فَأَنْفُخُ فِیهِ فَیَکُونُ طَیْراً بِإِذْنِ اللّهِ وَ أُبْرِئُ الْأَکْمَهَ وَ الْأَبْرَصَ وَ أُحْیِ الْمَوْتی بِإِذْنِ اللّهِ وَ أُنَبِّئُکُمْ بِما تَأْکُلُونَ وَ ما تَدَّخِرُونَ فِی بُیُوتِکُمْ «۳» الی غیر ذلک من الآیات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لأشخاص.

و إذا ثبت ذلک لهؤلاء فثبوته للرسول الأعظم و خلیفته الذی عنده علم الکتاب بنص «۴» القرآن لا یحتاج الی بیان، و علیه فالروایات المتواترة المتضمنة للمعجزات و الکرامات الصادرة علی المعصومین علیهم السلام- کالتصرف الولائی فی النقش و صیرورته أسداً مفترسا و ما شاکل- انما نلتزم بها و نعتقد من غیر التزام بالتأویل، کیف و نری انهم علیهم السلام بعد موتهم تصدر عنهم کرامات من إبراء المریض الذی عجز

(۱) سورة النمل آیة ۴۰.

(۲) سورة ص آیة ۳۸.

(۳) سورة آل عمران آیة ۴۹.

(۴) الرعد آیة ۴۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۵۵

]...[

الأطباء عن إبرائه، وحل معضلات الأمور و ما شاکل، و لیس ذلک الا لما ذکرناه.

و یمکن ان تکون الآیـة الکریمـة: النَّبِیُّ أَوْلی بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ «۱» ناظرة الی ثبوت هـذا المعنی من الولایـة ایضا للنبی صـلّی اللّه علیه و آله.

و بالجملـة: ثبوت الولایـة بهـذا المعنی للنبی و الأئمة المعصومین- الذین یثبت لهم جمیع ما یثبت للنبی صـلّی اللّه علیه و آله للروایات الکثیرة المتواترة- مما لا ینبغی التوقف فیه.

و أما شـبهة اسـتلزام ذلک للشـرک، فهی تندفع بانّا لا ندعی ثبوت ذلک لهم بالاستقلال، بل ان اللّه تبارک و تعالی ملّکهم و أقدرهم کمـا ملّکنا و أقـدرنا علی الأفعال الاختیاریـة، و به یظهر ان لا ینافیه قوله تعالی: قُلْ لا أَمْلِکُ لِنَفْسِی نَفْعاً وَ لا ضَرًّا «۲» فان المراد عدم الملکیة بالاستقلال. و لتفصیل الکلام فی المقام محل آخر.

الثانی: فی وجوب إطاعتهم و قبول قولهم فی الأحکام الشرعیة و الوظائف المجعولة الإلهیة، و ان قولهم و کذا فعلهم حجة.

لا شـبهة فی ثبوت الولایـة بهذا المعنی لهم، قال اللّه: ما آتاکُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ ما نَهاکُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا «۳» و قال سبحانه: لَقَدْ کانَ لَکُمْ فِی رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ کانَ یَرْجُوا اللَّهَ وَ الْیَوْمَ الْآخِرَ وَ ذَکَرَ اللَّهَ کَثِیراً «۴» و قـال عز و جـل: قُلْ إِنْ کُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِی یُحْبِبْکُمُ اللَّهُ وَ یَغْفِرْ لَکُمْ ذُنُوبَکُمْ «۵» الی غیر

---

(۱) سورة الأحزاب آیة ۶.

(۲) الأعراف آیة ۱۸۷.

(۳) سورة الحشر آیة ۷.

(۴) سورة الأحزاب آیة ۲۱.

(۵) سورة آل عمران آیة ۳۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۵۶

]...[

ذلک من الآیات الدالة علی ان قول رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و کذا عمله حجة.

و قـد دل الحـدیث الشـریف الـذی هو متواتر بین الفریقین و لاـ شـک فی صـدوره عنه صـلّی اللّه علیه و آله: انی تارک فیکم الثقلین: کتـاب الله و عـترتی اهـل بیتی، و انهمـا لن یفترقـا حتی یردا علی الحوض، فلاـ تقـدموهما فتهلکوا، و لاـ تقصـروا عنهمـا فتهلکوا، و لا تعلموهم فانهم اعلم منکم. علی ثبوت هـذا المقام للأئمة المعصومین علیهم السـلام، أضف الی ذلک ما دل علی ثبوت ما للنبی صـلّی اللّه علیه و آله من المناصب للأئمة الهداة.

ثبوت منصب الحکومة و الرئاسة للحجة (علیه السلام)

الثالث: فی ثبوت منصب الحکومة و الرئاسة الدنیویة بإدارة شئون الامة للنبی صلّی اللّه علیه و آله و الأئمة صلوات اللّه علیهم.
لا ـ ینبغی الشک و الکلام فی ثبوت هـذا المنصب لهم، و انه فوّض إلیهم من قبل اللّه تعالی، فهو منصب الهی لا ـ من قبل النـاس، و الشاهد لثبوته لهم امور:
أحدها: الآیات الکریمة قال اللّه تعالی: إِنَّمَا وَلِیُّکُمُ اللّهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِینَ آمَنُوا الَّذِینَ یُقِیمُونَ الصَّلاةَ وَ یُؤْتُونَ الزَّکاةَ وَ هُمْ رَاکِعُونَ «۱» فان الآیـة الکریمة تدل علی ثبوت منصب الزعامة و الرئاسة بعد رسول اللّه صلّی علیه و آله لطائفة خاصة من المؤمنین، فإذا انضم الی ذلـک مـا اتفق علیه المفسرون من نزول الآیـة فی شان امیر المؤمنین (علیه السلام)، و ما دل علی ثبوت منصب کل امام لإمام بعده- کخبر المعلی الآتی- یثبت هذا المنصب للأئمة الهداة.

(۱) المائدة آیة ۵۵.

]...[

و قال سبحانه: أَطِیعُوا اللّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ «۱» فان الآیة الشریفة تدل علی لزوم العمل بکل حکم و امر صادر من اللّه تعالی و رسوله و أولی الأمر، و مقتضی إطلاقها ذلک حتی فی ما یرجع الی شئون الامة و ادارة المملکة الإسلامیة، و لیس معنی الحکومة من قبل اللّه تعالی الا ذلک، بل فی بعض النصوص صرح الإمام (علیه السلام) بان الإطاعة المأمور بها فی الآیة أرید بها الإطاعة فی الأوامر الصادرة عن المعصومین علیهم السلام فیما یرجع الی ادارة شئون الأمة لاحظ خبر عیسی بن السری قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام) حدثنی عما بنیت علیه دعائم الإسلام إذا انا أخذت بها زکی عملی و لم یضرنی جهل ما جهلت بعده، فقال (علیه السلام): شهادة ان لا ـ إله اللّه و ان محمداً رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آلـة، و الإقرار بما جاء به من عند اللّه و حق فی الأموال من الزکاة، و الولایة التی امر اللّه بها ولایة آل محمد- الی ان قال- قال اللّه عز و جل: أَطِیعُوا اللّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ فکان علی ثمّ صار من بعده حسین ثمّ من بعده علی بن الحسین ثمّ من بعده محمد بن علی، ثمّ هکذا یکون الأمر، ان الأرض لا تصلح الا بإمام «۲».
و صحیح برید العجلی عن ابی جعفر (علیه السلام) فی قول اللّه عز و جل: فَقَدْ آتَیْنا آلَ إِبْراهِیمَ الْکِتابَ وَ الْحِکْمَةَ وَ آتَیْناهُمْ مُلْکاً عَظِیماً جعل منهم الرسل و الأنبیاء و الأئمة، فکیف یقرّون فی آل ابراهیم و ینکرونه فی آل محمد صلّی اللّه علیه و آله، قال: قلت: وَ آتَیْناهُمْ مُلْکاً عَظِیماً قال: الملک العظیم ان جعل فیهم ائمة

(۱) النساء آیة ۵۹.
(۲) اصول الکافی ج ۲- ص ۲۱ حدیث ۹ باب دعائم الإسلام.

]...[

من أطاعهم أطاع اللّه و من عصاهم عصی اللّه فهو الملک العظیم «۱». الملک بالضم هو المملکة، فجعل الأئمة من جهة الأمر

بإطاعتهم و جعلها قرین اطاعـة اللّه تعالی صاحب الملک العظیم عبارة اخری عن الحکومة المطلقة کما هو واضح. و اما أولو الأمر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدم ان المراد بهم الأئمة الاثنی عشر.

ثانیها الروایات منها الدالـة علی ان الأئمـة علیهم السـلام ولاة امر اللّه و أولو الأمر، لاحظ خبر عبـد الرحمن: سـمعت أبا عبـد اللّه (علیه السلام) یقول: نحن ولاة امر اللّه «۲».

و خبر الحسین ابن ابی العلاء الآتی «۳» و غیرهما.

و الظاهر من هذا العنوان عرفا من یجب الرجوع إلیه فی الأمور العامة.

و منها: ما عن «۴» سـید الشهداء صلوات اللّه علیه: فلعمری ما الإمام الا الحاکم بالکتاب القائم بالقسط الدائن بدین الحق الحابس نفسه علی ذات اللّه.

و منها: خبر «۵» المعلی بن خنیس عن الإمام الصادق (علیه السـلام) فی قول اللّه عز و جل: إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ* إلـخ: عدل الإمام ان یدفع ما عنده الی الإمام الذی بعده، و أمرت الأئمة ان یحکموا بالعدل و امر الناس ان یتبعوهم.

و خبر «۶» سلیمان بن خالد عنه (علیه السلام): اتقوا الحکومة، فان الحکومة انما

---

(۱) اصول الکافی ج ۱- ص ۲۰۶ حدیث ۵.

(۲) اصول الکافی ج ۱ ص ۱۹۲.

(۳) اصول الکافی ج ۱ ص ۱۸۷.

(۴) ارشاد المفید طبع النجف ص ۲۰۴.

(۵) الوسائل- باب ۱- من أبواب صفات القاضی حدیث ۶.

(۶) الوسائل- باب ۳- من أبواب صفات القاضی حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۵۹

]...[

هی للإمام العالم بالقضاء العادل فی المسلمین کنبی أو وصی نبی. و قریب منهما غیرهما.

و منها: النصوص المتقدمة فی ذیل الآیة الثانیة.

و منهـا: بعض الأخبار الواردة صـفات الأئمـة: کخبر «۱» عبـد العزیز بن مسـلم عن الإمام الرضا (علیه السـلام)- فی حـدیث طویل-: ان الإمامة زمام الدین و نظام المسلمین و صلاح الدنیا و عز المؤمنین، ان الإمامة اس الإسلام النامی و فرعه السامی، بالإمام تمام الصلاة و الزکاة و الصیام و الحج و الجهاد و توفیر الفیء و الصدقات و إمضاء الحدود و الأحکام و منع الثغور و الأطراف، و نحوه غیره.

و ظهور ذلک فی ان الحکومة للإمام (علیه السلام) واضح، بل هو کالصریح فی ذلک.

و نظیر ذلـک مـا عن العلـل بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا (علیه السـلام) فی علل حاجـة الناس الی الإمام حیث قال بعـد ذکر جملـة من العلل: و منها انّا لا نجـد فرقـة من الفرق و لا ملّة من الملل بقوا و عاشوا الّا بقیّم و رئیس لما لا بد لهم فی امر الدین و الدنیا، فلم یجز فی حکمـة الحکیم ان یترک الخلق بما یعلم انه لا بـد لهم منه و لا قوام لهم الا به الی غیر ذلک من النصوص المتواترة الـدالة علی ذلک بالسنة مختلفة.

ثالثهـا: الارتکـاز الثابت ببناء العقلاء، حیث جری بناؤهم فی کل امر راجع الی المعاد و المعاش علی رجوع الجاهل الی العالم من جهة کونه اهـل الخبرة و الاطلاع، و لـم یردع الشـارع الأقـدس عن ذلـک، و حیث ان الإمـام (علیه السـلام) اعلم النـاس و أفضـلهم و ابصـر

بالأمور- سواء أ كان الأمر مربوطا بالمعاش أو المعاد- فیتعین جعله

(۱) اصول الکافی ۱- ص ۲۰۰.

]...[

المرجع و الحاکم، و متابعته حتی فی الأمور الراجعة الی ادارة شئون الامة.

رابعها: حکم العقل، إذ لم نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل بقوا و عاشوا الا بقیّم و رئیس لما لا بد لهم منه فی امر الدین و الدنیا، و من الممتنع فی حکمة الحکیم ان یترک الخلق بما یعلم انه لأبد لهم منه و لا قوام لهم به، و علیه فاما ان یعیّن الأبصر بالأمور السیاسیة و تنظیم البلاد أو غیره، و الثانی باطل قطعا لاستلزامه ترجیح المرجوح، و هو قبیح و من الحکیم محال، فیتعین الأول.

و بهذا البیان یظهر قطعیا ان اللّه تعالی عیّن الإمام (علیه السلام) لذلک.

خامسها: ان جملة من الأحکام الشرعیة جزائیة، و قضائیة، و سیاسیة، و اجتماعیة. کالقصاص، و الحدود، و القضاء، و قبول الجزیة، و الجهاد و ... و لا یمکن اجراء تلک الأحکام الا بید الحاکم علی الامة و قد صرح فی جملة من الأخبار انها لإمام المسلمین «۱»، و لذلک نری ان النبی صلّی اللّه علیه و آله حینما ساعدته الظروف أسس حکومة إسلامیة عادلة، و کذلک الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام) أسس الحکومة و حارب مع من خالفه فی ذلک.

(۱) المستدرک باب ۵ من أبواب صلاة الجمعة و آدابها.

]...[

ولایة التصرف فی الأموال و الأنفس

الرابع: فی ولایتهم صلوات اللّه علیهم بالولایة التشریعیة، بمعنی نفوذ کل تصرف منهم فی أموال الناس و أنفسهم.

و بعبارة اخری: فی الولایة الظاهریة التی هی من المجعولات الشرعیة المترتب علیها جواز التصرف، فقد استدل لثبوتها لهم بوجوه:

منها: الآیة الشریفة: النَّبِیُّ أَوْلیٰ بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ «۱» و ما کان مساقه مساقها.

و اورد علی الاستدلال بها تارة: بأنها مختصة بصورة التزاحم للانصراف و لأن الولایة لا تقبل الشدة و الضعف، فلا بد و ان یکون التفضیل مجازیا، و المراد ثبوت الولایة عند التزاحم للنبی صلّی اللّه علیه و آله و انتفائها عن غیره. و اخری: بانه انما تکون الآیة فی مقام بیان عدم اختصاص رئاسته صلّی اللّه علیه و آله بالرئاسة الروحانیة، بل تعم الرئاسة الدنیویة و الحکومة، فقال تدل أولویته بکل شخص من نفسه.

و لکن یرد الأول: ان الانصراف ممنوع، الولایة قابلة للشدة و الضعف کما هو ظاهرها.

و یرد الثانی: - مضافا الی کونه خلاف الظاهر- انه ینافیه النبوی: انا اولی بکل مؤمن من نفسه «۲».

(۱) سورة الأحزاب آیة ۶.

(۲) اصول الکافی ج ۱- ص ۴۰۶ حدیث ۶.

[...]

فالحق ان یقال: إنّها تـدل علی ثبوت ولایـۀ و سـلطنۀ علی الناس اقوی و أشـد من ولایۀ الشـخص علی نفسه، و من الضـروری ان ولایۀ الشخص علی نفسه انما هی فی التصرف السببی من الطرق و الأسباب الشرعیۀ، کبیع ماله، و تزویج المرأۀ و تطلیق زوجته.

و أما التصـرف بلا سـبب أو بسبب غیر شرعی فلیس له الولایۀ علیه حتی تثبت تلک بنحو أشد للنبی صلّی اللّه علیه و آله، مثلا لیس له ان یعطی الانتفاع بزوجته لغیره فلا یکون ذلک ثابتها له صلّی اللّه علیه و آله، و کذلک الأحکام المحضۀ کالإرث.

و بالجملـۀ: الآیـۀ الشـریفۀ لیست فی مقام التشـریع للأحکام بل هی فی مقام بیان تشـریع الولایۀ، و تدل علی انها ثابتۀ له فیما للشـخص علی نفسه من الولایۀ لا فی أزید من ذلک.

و یؤیـد ما ذکرناه من عـدم ثبوت الولایـۀ لهم أزیـد مما للشـخص علی نفسه، بل یشـهد له: ما فی ذیل حدیث طویل مروی عن کتاب نزهۀ الکرام و بسـتان العوام تألیف محمد بن الحسین بن الحسن الرازی، فقال له (ای للکاظم علیه السلام): قد بقی مسألۀ تخبرنی بها و لا تضـجر، فقال له، سل، فقال: خبرونی انکم تقولون ان جمیع المسـلمین عبیـدنا و جوارینا، و انکم تقولون من یکون لنا علیه حق و لا یوصله إلینا فلیس بمسلم، فقال له موسی (علیه السلام): کذب الذین زعموا اننا نقول ذلک، و إذا کان الأمر کذلک فکیف یصح البیع و الشراء علیهم، و نحن نشتری عبید أو جواری و نعتقهم و نقعد معهم و ناکل معهم، و نشتری المملوک و نقول لا یا بنی، و للجاریۀ یا بنتی، و نقعدهم یأکلون معنا تقربا الی اللّه سبحانه، فلو انهم عبیدنا و جوارینا ما صح البیع و الشـراء و قد قال النبی صلّی اللّه علیه و آله لما حضرته الوفاۀ: اللّه اللّه فی الصلاۀ و ما ملکت ایمانکم، یعنی صلوا و أکرموا ممالیککم و جواریکم، و نحن نعتقهم، و هذا الذی

[...]

سمعته غلـط من قـائله و دعوی باطلـۀ، و لکن نحن نـدعی ان ولاـء جمیع الخلاـئق لنـا، یعنی ولاء الـدین، و هؤلاء الجهّال یظنونه ولاء الملک، حملوا دعواهم علی ذلک، و نحن ندعی ذلک لقول النبی صلّی اللّه علیه و آله یوم غدیر خم: من کنت مولاه ... إلخ «۱» فانه یدل علی ما ذکرناه.

قال بعض الأکابر بعـد اسـتظهار ذلک من الأدلـۀ: لکن الظاهر ان سـیرۀ النبی صـلّی اللّه علیه و آله و الأئمۀ صـلوات الله علیهم لم تکن کـذلک، بـل کانوا یعاملون مع الناس معاملـۀ بعض الناس مع بعض، و هو الظاهر من الملاحظـۀ التواریـخ و الأخبار، فلاحظ کلام امیر المؤمنین فی نهج البلاغۀ فی جواب اخیه عقیل و مراجعته الی الأمیر صلوات اللّه علیه. انتهی.

و منهـا: النصوص الدالـۀ علی ان الـدنیا و ما فیها لهم علیهم السـلام، و ان لهم التصـرف فیها کیف شاءوا، لاحظ مکاتبـۀ ابن الریان الی العسـکری (علیه السـلام) قـال: کتبت إلیه: روی لنـا: ان لیس لرسول اللّه صـلّی اللّه علیه و آله من الـدنیا الا الخمس، فجاء الجواب: ان الدنیا و ما علیها لرسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله «۲».

و مرسل احمـد بن محمـد بن عبد اللّه: الدنیا و ما فیها لله تبارک و تعالی و لرسوله و لنا، فمن غلب علی شـیء منها فلیتق اللّه. الحدیث «۳».

و خبر ابی بصـیر عن مولانا الصادق (علیه السـلام) قلت له: اما علی الإمام زکاۀ، فقال: أحلّت یا أبا محمد، اما علمت ان الدنیا و الآخرۀ للإمام (علیه السلام)

(۱) کتاب النجوم للسید بن طاوس..

(۲) اصول الکافی ج ۱– ص ۴۰۹ حدیث ۶ باب ان الأرض کلها للإمام.

(۳) اصول الکافی ج ۱ ص ۴۰۸ حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۶۴

]...[

یضعها حیث یشاء و یدفعها الی ما یشاء «۱». و نحوها غیرها.

فـان الظاهر من هـذه الأخبار ثبوت السـلطنة الثابتـة اللّه تعالی علی الناس و أموالهم من غیر جعل جاعل للرسول صـلّی اللّه علیه و آله و الإمام (علیه السلام) بالجعل غیر المنافی مع ملکیة الناس، و هذه عبارة اخری عن الأولویة بالتصرف فیها منهم.

و منها: الإجماع، و الظاهر ثبوته، لکن مستند المجمعین معلوم.

و منها: غیر ذلک، و لظهور عدم دلالة ما ذکروه أغمضنا عن التعرض له، و فیما ذکرناه کفایة.

وجوب اطاعة المعصوم (علیه السلام)

الخامس: فی وجوب الإطاعة.

یمکن ان یستدل للزوم إطاعتهم فی أوامرهم الشخصیة العرفیة الراجعة مصلحتها إلیهم بوجهین:

أحـدهما: الآیـات و النصوص المتواترة الدالـة علی افتراض طاعتهم، و ان معصـیتهم کمعصـیة اللّه تعالی، کقوله سـبحانه: أَطِیعُوا اللّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ «۲».

و قوله تعالی: فَلْیَحْذَرِ الَّذِینَ یُخالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِیبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ یُصِیبَهُمْ

(۱) اصول الکافی ج ص ۴۰۹ حدیث ۴.

(۲) النساء آیة ۵۹.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۶۵

]...[

عَذابٌ أَلِیمٌ «۱».

و قوله عز و جل: مَنْ یُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطاعَ اللّهَ وَ مَنْ تَوَلّی فَما أَرْسَلْناکَ عَلَیْهِمْ حَفِیظاً «۲».

و صـحیح زرارة عن ابی جعفر (علیه السـلام): ذروة الأـمر و سـنامه و مفتـاحه و بـاب الأشـیاء و رضـا الرحمن تبـارک و تعـالی الطاعة للإمامة بعد معرفته (علیه السلام) «۳».

و خبر الحسـین بن ابی العلاء قال: ذکرت لأبی عبد اللّه (علیه السـلام) قولنا فی الأوصـیاء ان طاعتهم مفترضة. فقال: نعم هم الذین قال اللّه تعـالی: أَطِیعُوا اللّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ و هم الـذین قال اللّه عز و جل: إِنَّما وَلِیُّکُمُ اللّهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِینَ آمَنُوا «۴».

الی غیر ذلک من الأخبار المتواترة.

إذ اختصـاص هـذه بأجمعها بالأوامر الشـرعیة خلاف ظواهرها من جهـة ان الإطاعـة فیها اطاعـة بالـذات لأمره تعالی، و اطاعـة بالعرض

للوسائط، و الإطاعة التی تکون بالذات اطاعة لهم هی إطاعتهم فی الأوامر الشخصیة. و معلوم ان ظاهر الآیات و الروایات ارادة الثانیة.
الوجه الثانی: انهم صلوات اللّه علیهم مجاری الفیوضات، و أولیاء النعم بأجمعها من المال و الولد و الأعظاء و غیرها، فهم المنعمون بالواسطة، و قد استقل العقل بوجوب شکر المنعم، و معلوم ان صرف النعمة فی سبیل اطاعة المنعم شکر، و ترکه

---

(۱) النور آیة ۶۴.

(۲) النساء آیة ۸۳.

(۳) اصول الکافی ج ۱ ص ۱۸۵ باب فرض طاعة الأئمة حدیث ۱.

(۴) اصول الکافی ج ۱ ص ۱۸۵ حدیث ۷.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۶۶

]...[

کفران، فیحسن الأول عقلا و یقبح الثانی کذلک، و بالملازمة یستکشف الوجوب.

اشتراط تصرف الغیر بإذنهم

و هل یستقل غیرهم علیهم السلام فی التصرف، ام یکون تصرف الغیر منوطا بإذنهم؟ وجهان.
و تفصیل القول فی المقام: انه لا کلام و لا خلاف فی ثبوت الولایة بهذا المعنی، ای اشتراط تصرف الغیر بإذنهم فی جملة من الموارد الخاصة التی دل الدلیل علی ذلک، کالحدود، و التعزیرات، و الحکومات، و الجهاد، و غیرها، کما لا کلام فی ثبوتها لهم فی الأمور التی ثبت انها وظیفة الرئیس، لما دل من النصوص علی ان لهم الرئاسة کخبر الفضل و غیره، و انهم ولاة الأمر و أولی الأمر، کما لا ینبغی التوقف فی عدم ثبوتها لهم بالإضافة الی الوظائف الشخصیة لکل فرد من افراد الرعیة من العبادات و المعاملات.
انما الکلام فیما إذا جهل الأمر و لم یحرز ان التصرف من ای الأقسام، فان احتمل کونه من وظیفة الإمام خاصة فتارة: لا یحرز کون الفعل مطلوبا للشارع علی کل تقدیر، و اخری: یحرز ذلک. فعلی الأول: تجری أصالة البراءة عنه بالإضافة الی الرعیة، و علی الثانی: حیث ان توجه التکلیف الی المکلفین بنحو الواجب الکفائی بالتفصیل الذی سیمر علیک معلوم، فلا مورد للأصل.
و ان احرز ان التکلیف لیس مختصا بالمعصوم علیه السلام و انه متوجه الی المکلفین بنحو الواجب الکفائی أو العینی و لکن احتمل دخل اذنه (علیه السلام) فیه، کان المرجع إطلاق دلیل المنع، أو دلیل الجواز لو کان و الا فمع التمکن من الرجوع إلیه (علیه السلام) لا بد من ذلک، و لا مجال للرجوع الی الأصل لأنه لا یرجع إلیه من
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۶۷

]...[

التمکن من الفحص. و ان لم یتمکن من ذلک فان احتمل کون اذنه من قبیل شرط الوجوب تجری أصالة البراءة مع عدم تحقق الاذن، و ان احتمل کونه من قبیل شرط الواجب دخل فی مسألة الأقل و الأکثر الارتباطیین.

ولایة الحاکم الشرعی

اشارة

إذا عرفت ما ذكرناه فلا بد من التعرض لمقدار ولاية الفقيه.

و ملخص القول فى المقام: انه لا شبهة و لا ريب فى ان منصب القضاوة- من فصل الخصومة و الأمور التى يرجع فيها فى العرف الى القاضى كأخذ الحق من المماطل، و حبسه، و بيع ماله، و التصرف فى مال القصر، و نصب القيّم و ما شاكل- ثابت للفقيه الجامع للشرائط، و تشهد به مشهورة ابى خديجة المروية فى الكافى و التهذيب و الفقيه و غيرها بأسانيد مختلفة و متون متفاوتة فى غير الجملة التى هى مورد للاستشهاد قال: بعثنى أبو عبد اللّه (عليه السلام) الى أصحابنا فقال: قل لهم: اياكم إذا وقعت بينكم خصومة- الى ان قال- اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا، فانى قد جعلته عليكم قاضيا. الحديث «۱».

و ظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاة المنصوبين من قبل ائمة الجور، و من المعلوم ان من كان يجعل له منصب القضاوة لم تكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل كان يرجع إليه سائر ما أشرنا إليه، بل فى زماننا ايضا القضاة يتصدون لما ذكر فيثبت

---

(۱) التهذيب ج ۶ ص ۳۰۳ حديث ۵۳ و ج ۶ ص ۲۱۹ حديث ۸- و الكافى ج ۲ ص ۳۵۸ و الفقيه ج ۳- ص ۲ و الوسائل- باب ۱۱- من أبواب صفات القاضى حديث ۶.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۶۸

[...]

هذا المقام للفقيه.

و به يظهر اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة، و لا يستفاد منها أزيد من ذلك، مع انه لو كان الخبر مسوقا لبيان ذلك لكان قوله: اجعلوا بينكم ... إلخ كافيا و لم يكن حاجة الى ضم هذه الجملة. فالظاهر ان هذه الجملة من قبيل الكبرى الكلية التى من مصاديقها المورد.

و اورد عليها بضعف السند لوجهين: أحدهما: ان فى طريقها المعلى بن محمد.

الثانى: ما افاده المحقق النائينى، و هو: ان لأبى خديجة حالة اعوجاج عن طريق الحق، و هى زمان متابعته للخطابية، و حالتى استقامة، و ما قبل الاعوجاج و بعده، و لم يعلم انه رواها فى اى الحالات.

و لكن يمكن دفع الأول: بان الخبر مروى بطرق مختلفة، منها ما فى الفقيه عن احمد بن عائد عن ابى خديجة، و طريقه إليه هو: ابوه عن سعد بن عبد الله عن احمد ابن محمد بن عيسى عن الحسن بن على الوشاء، و هؤلاء كلهم ثقات، كما ان احد طريقى الشيخ فى التهذيب إليه قوى، مع ان المعلى من مشايخ الإجازة على ما افاده المحقق المجلسى ره، و هو يكفى فى قبول رواياته.

و يدفع الثانى: ما حقق فى محله من ان سالم بن مكرم أبا خديجة ثقة.

و لا كلام ايضا فى ثبوت منصب الفتوى له، و ان للعوام ان يقلدوه و تدل عليه الآيات و الروايات و بناء العقلاء على رجوع الجاهل الى العالم، على ما فصلنا القول فى ذلك فى كتاب الاجتهاد و التقليد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۶۹

[...]

تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد

انما الكلام فى انه هل يكون المجتهد هو الحاكم المطلق و منفذ الحكم و وظيفته تشكيل الحكومة اما بنفسه أو بنصب شخص من قبله، ام لا؟.

المعروف بين الأصحاب هو الأول، بل فى عوائد النراقى: دعوى الإجماع عليه، قال: حيث نص به كثير من الأصحاب بحيث يظهر منهم كونه من المسلمات.

و هو الحق الذى لا ريب فيه، لأن من جملة احكام الإسلام، بل و المهم منها احكاما جزائية، و قضائية، و سياسية، و اجتماعية كالقصاص، و الديات، و الحدود، و الجهاد، و الصلح، و القضاء، و قبول الجزية و ... و لا يمكن اجراء تلك الأحكام الا بيد الحاكم على الأمة.

و بعبارة اخرى: ان الأحكام التى اتى بها نبى الإسلام صلّى اللّه عليه و آله انما هى قوانين كلية، و بديهى ان القانون ان لم يكن له مجر لا يفيد و يكون لغواً، فيعلم من ذلك ان النبى صلّى اللّه عليه و آله الذى جاء بتلك القوانين و حينما ساعدته الظروف شكّل الحكومة بنفسه، و كذلك وصيه امير المؤمنين (عليه السلام) عين شخصا لإجراء تلك الأحكام، و ليس فى هذا الزمان غير المجتهد الذى قال صلّى اللّه عليه و آله فى حقه: انه خليفتى و وارثى و قال الإمام (عليه السلام): هو الحجة عليكم الى غير ذلك من التعابير التى ستمر عليك، مع انه لا يكون ثمة احد اعرف بمبانى الإسلام منه، فهو المتعين لأن يكون قائما بالحكومة و على رأسها.

و ان شئت قلت: انه لا ريب فى ان وظيفة المجتهد فى هذا العصر اجراء احكام الإسلام، و حفظ أمن البلاد الإسلامية، و التحرز من مكايد الاستعمار، و حفظ استقلال

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ١٧٠

[...]

البلاد الإسلامية، و الدفاع عن حريم الإسلام و القرآن، و قطع يد من تسول له نفسه العبث فى بلاد المسلمين و حفظ المسلمين من يد الأجانب و من عبثهم فى عقول المسلمين، و عقد الذمة و العهود، و اجراء الحدود، و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر. و هل يمكن شىء من ذلك الا من قبل الدولة و الحكومة القوية العادلة، قال اللّه تعالى: وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ «١» هل يمكن ذلك الا من قبل الحاكم، و قد تقدم خبر الفضل عن الإمام الرضا (عليه السلام) المتضمن: انا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل بقوا و عاشوا الّا بقيّم و رئيس لما لا بد لهم منه فى امر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه و لا قوام لهم الا به. فان هذا البرهان العقلى جار فى زمان الغيبة ايضا.

و تشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الأخبار:

منها: مقبولة «٢» عمر بن حنظلة عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فانى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم اللّه و علينا رد، و الراد علينا الراد على اللّه و هو على حد الشرك باللّه، حيث انه يستفاد منها جعل المجتهد حاكما كسائر الحكام المنصوبين فى زمان النبى صلّى اللّه عليه و آله و الصحابة، و من المعلوم ان الحاكم المنصوب فى تلك الأزمنة كان يرجع إليه فى جميع الأمور العامة التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم، فالمجتهد قد جعل حاكما مطلقا

---

(١) الأنفال ۶٣.

(٢) الكافى ج ١- ص ۶٧ حديث ١٠- التهذيب ج ۶ ص ٣٠١ حديث ۵٢- الفقيه ج ٣ ص ۵- الاحتجاج ص ١٩۴- الفروع ج ٧ ص ۴١٢- الوسائل- باب ١١- من أبواب صفات القاضى حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۷۱

]...[

بهذا المعنى. و بعبارة اخرى: الحاكم هو المنفذ الحكم.

و اورد عليها تارة بضعف السند لأنه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق، و اخرى: بان الظاهر من الحاكم هو القاضى لأن مورد السؤال و التحاكم هو الترافع الى القاضى، و قوله: فإذا حكم بحكمنا اى قضى، فهى تدل على جعل منصب القضاوة له.

و لكن يرد الأول: ان الأظهر وثاقة الرجل لتوثيق الشهيد الثانى اياه، قال: انّا حققنا توثيقه من محل آخر، و لورود روايتين دالتين «۱» عليها، و لغير ذلك من الشواهد، مع ان الأصحاب تلقوها بالقبول و لذلك سميت بالمقبولة.

و يرد الثانى: ان المسلّم عند الأصحاب: ان خصوص المورد لا يخصص عموم الوارد، مع انه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفى قوله: ينظر ان من كان ... إلخ و لم يكن حاجة الى هذه الجملة، سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذى يكون صالحا لكون الجملة بيانا لكبرى كلية من مصاديقها المورد.

و منها: ما رواه الصدوق بأربعة طرق عن على (عليه السلام): قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: اللهم ارحم خلفائى- ثلاثا- قيل: يا رسول اللّه و من خلفائك، قال: الذين يأتون بعدى يروون حديثى و سنتى- و زاد فى بعض الروايات: فيعلمونها الناس من بعدى- «۲».

و حيث انه عند دوران الأمر بين الزيادة و النقيصة الأصل البناء على وجود ما

---

(۱) رواهما العلامة العلامة المامقانى فى رجاله احداهما عن التهذيب- و الأخرى عن الكافى.

(۲) عيون الأخبار ج ۲ ص ۳۷ حديث ۹۴- معانى الأخبار ص ۳۷۴. الفقيه ج ۴ ص ۳۰۳ حديث ۵۳- الوسائل- باب ۸ من أبواب صفات القاضى حديث ۵۳- و باب ۱۱- منها حديث ۷.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۷۲

]...[

نقص، فالظاهر ان متن الحديث مع هذه الزيادة، و ظهوره حينئذ فى ارادة الفقهاء من الرواة فى غاية الوضوح. و بعبارة اخرى: المراد من راوى الحديث و السنة هو من يعلّم الناس احكام الإسلام لا مجرد لقلقة اللسان، و هذا يلازم مع الفقاهة. فيدل الخبر على ان الفقيه خليفة رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله، و الخليفة بقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه فى كل ما هو له، و ان شئت قلت: ان كون الرئاسة و الحكومة حق خليفة رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و منصبه المفوض إليه كان من الأمور الواضحة المسلمة عند الجميع و لذلك كان كل من ملوك بنى أمية و سلاطين بنى العباس، بل و من قبلهم من رؤساء الحكومة الإسلامية، مدعيا لخلافة رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله لتصدى ذلك المقام. و على ذلك فتعيين رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله العلماء خلفائه يكون دالا بالملازمة البينة على جعلهم حكاما نافذى الحكم و رؤساء للحكومة الإسلامية.

و مما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة فى جعله نافذ الحكم و رئيسا: الآية الكريمة: يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ «۱» فان كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه فى الآية، و انما امر فيها بالحكم و عدم اتباع الهوى.

و منها: التوقيع الشريف المروى فى كتاب إكمال الدين و إتمام النعمة للصدوق، و كتاب الغيبة للشيخ، و الاحتجاج للطبرسى فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب: و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا، فانهم حجتى عليكم و انا حجة اللّه «۲».

(۱) سورة ص آیة ۲۶.

(۲) إکمال الـدین و إتمام النعمـة طبع الکمبانی ص ۲۶۶ ح ۴ باب التوقیع- کتاب الغیبـة ص ۱۹۸- الاحتجـاج طبع النجف ص ۱۶۳- الوسائل- باب ۱۱- من أبواب صفات القاضی حدیث ۹.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۷۳

]...[

بتقریب: ان المراد بالحوادث- من جهة کونها جمعاً محلی باللام- کل حادثة یرجع فیها الرعیة الی رئیسهم، من غیر فرق بین کونها من السیاسـیات أو الشـرعیات، و من غیر فرق بین ان تکون مرتبطـة بشـخص خاص أو بالمجتمع، فتشـمل ما کان من قبیل إخراج الأجانب النفط و سائر المعادن، و عقـد الذمـة مع الدول الآخر، و ما لو توجه الخطر من جانب الأجانب الی الدولة الإسـلامیة، و ما شاکل، فیدل علی ان راوی الحـدیث المجعول حجـة علی الأمـة، و هو الفقیه الجامع للشـرائط، مرجع فی جمیع تلک، و لیس معنی الحکومة و کون الشخص حـاکما و نافذ الحکم الا ذلک.

و احتمال ارادة حوادث خاصـة- نظراً الی ان اللام للعهد، و اشارة الی الحوادث المسـئول عنها التی لیست بأیدینا- یندفع بان توصـیف الحوادث بالواقعة یدفع ذلک.

و قد یقال: انه تضـمن الرجوع فی الحوادث الی الفقیه، و لا یدل علی وکول نفس الحادثة إلیه لیباشـره بنفسه أو بمن ینصـبه کما ادعاه الشـیخ ره، و الظـاهر من ذلـک الرجوع فی حکمهـا إلیه لا- إیکالها إلیه. و لکن ینـدفع ذلک: بان الرجوع فی کل حادثـة الی الفقیه، و کسب الوظیفـة منه، و لزوم العمل بکل ما یعینه و لو کان هو الـدفاع عن المملکـة الإسـلامیة و حفظ حدودها و ما شاکل، عبارة اخری عن کونه حـاکما مطلقا، و یناسب هذا المعنی التعلیل بانه حجة من قبل من هو حجة من قبل اللّه المسلّط علی العام و ما فیه.

و منهـا: مـا روی عن الحسـین بن علی علیهمـا السـلام: مجـاری الأـمور و الأحکـام علی أیـدی العلماء باللّه، و الأمناء علی حلاله، فأنتم المسـلوبون تلک المنزلة، و ما سـلبتم ذلک الا بتفرقکم عن الحق و اختلافکم فی السّـنة بعد البینة الواضـحة، و لو صبرتم علی الأذی و تحملتم المئونة فی ذات اللّه کانت امور اللّه علیکم ترد، و عنکم تصدر، و إلیکم

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۷۴

]...[

ترجع، و لکنکم مکنتم الظلمة من منزلتکم، و استسلمتم امور اللّه فی أیدیهم ... إلخ «۱».

و تقریب الاسـتدلال به: ان المراد بالعلماء فی الخبر غیر الأئمة بقرینة سائر الجملات المتضـمنة لتفرقهم عن الحق و اختلافهم فی السّنة، و ان المخاطب فیه هم العلماء الساکتون غیر الأمرین بالمعروف و غیر العاملین بالوظیفة، و غیر ذلک من القرائن.

و یـدل الحـدیث علی ان مجاری الأـمور علی أیـدیهم، و لاـ معنی لمجـاری الأـمور فی مقابل مجاری الأحکام سوی الأمور المربوطة بالحکومة الإسـلامیة، و یؤکد ذلک ما فی ذیله من قوله و استسلمتم امور اللّه فی أیدیهم فان ما استسلموه هو الحکومة و ما یرتبط بها، و ایضا تضمن الخبر ان العلماء غصب حقهم، و من المعلوم ان المغصوب لیس غیر الحکومة.

و علی الجملـة: من تـدبر فی الخبر صدرا و ذیلا یظهر له ان مراد الإمام الشـهید صـلوات اللّه علیه: ان العلماء هم الحکام، و ان تشـکیل الحکومـة من وظائفهم، و قد غصب الظلمة هذه المنزلة من جهة ترک العلماء العمل بوظائفهم من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و عدم المصانعة عند الظلمة، و ما شاکل و اللّه العالم.

و منهـا: خبر على بن ابى حمزة عن ابى الحسن موسـى بن جعفر (عليه السـلام): إذا مـات المؤمن بكت عليه الملائكـة، و بقـاع الأرض التى كان يعبـد اللّه عليها، و أبواب السـماء التى كان يصـعد فيها باعماله، و ثلم فى الإسـلام ثلمة لا يسدها شـىء، لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها «۲».

(۱) تحف العقول ص ۲۳۷.

(۲) اصول الكافى ج ۱- ص ۳۸ باب فقد العلماء حديث ۳.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۷۵

]...[

و تقريب الاسـتدلال به: انه يـدل على ان حصن الإسـلام و حـافظه هو الفقيه، و حيث ان احكام الإسـلام لا تنحصـر بالعبادات، بل منها احكام اجتماعية و سياسية و قضائية و جزائية، و لا يمكن حفظ تلك الأحكام، و كون الفقيه حصنا يدافع عنها الا من قبل حكومة قوية صالحـة، و لـذلك نرى ان الاسـتعمار الأـروبى علم من أول وهلـة ان اسـتعماره لاـ يتم ما دام القرآن هو الكتاب السـماوى الـذى يتبعه المسـلمون و يجرون احكامه و قوانينه و يتبعون ارشاداته و تعاليمه، و بهذا صرح (كلادستون) رئيس وزراء بريطانيا فى ذلك الوقت، و من ذلك الوقت اتجه وجهـة اخرى، فأخـذ يسـعى بشتى الطرق و الوسائل لتضـعيف الإسـلام، و كان من جملـة مصائـده و حبائله نغمة التفكيـك بين الـدين و السـياسة، و صارت تلك من أخطر الوسائل فى أيـديهم، و سـببا لما نرى الآن من حال الإسـلام و المسـلمين و البلاد الإسلامية.

و بالجملـة احكام الإسـلام من الجهاد و المهادنـة و عقـد الذمـة، و العهود و اجراء الحـدود و القصاص و قبول الجزيـة، و ما شاكل، لا يمكن حفظها الا مع كون الحكومة بيد الفقيه أو من ينصبه الفقيه بذلك، فجعل الفقيه حصنا للإسلام لا يكون الا بجعله حاكما مطلقا منفذ الحكم.

و منها: خبر السـكونى عن ابى عبـد اللّه عليه السـلام: قال رسول اللّه صـلّى اللّه عليه و آله: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يـدخلوا فى الدنيا، قيل: يا رسول اللّه و ما دخلوهم فى الدنيا؟ قال صلّى اللّه عليه و آله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «۱».

و تقريب الاستدلال به: ان الأمين من فوض عليه حفظ ما فوض إليه، و قد

(۱) اصول الكافى ج ۱- ص ۴۶ باب المستأكل بعلمه حديث ۵.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۷۶

]...[

فوض الى الفقهاء الأحكام الشرعية، و قد مر فى الخبر السابق ان حفظ الأحكام الشـرعية لا يمكن الا من قبل حكومة إسـلامية قوية، و قوله: ما لم يدخلوا ... إلخ يمكن ان يكون اشارة الى ان الإهمال فى تشـكيل الحكومة و صيرورة المتبوع تابعا و المخدوم خادما خيانة يخرج بذلك عن كونه أمينا.

و منها: ما رواه فى الكافى، و أمالى الصـدوق، و فى أول المعالم بأسانيد عديدة متصـلة عن ابى عبد اللّه (عليه السـلام): قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك اللّه به طريقا الى الجنة، و ان الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، و انه يسـتغفر لطـالب العلم من فى السـماء- الى ان قال- و ان العلماء ورثـة الأنبياء، ان الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن ورثوا

العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر «۱».

و تقريب الاستدلال به: انه يدل على ان العالم وارث الأنبياء فى العلم، و المراد به الأحكام و الحقائق و القوانين التى جاءوا بها فكما انهم موظفون بنشرها و إجرائها كى ينتفع بها الناس، فكذلك العالم موظف بذلك، و قد مر أن اجراء الأحكام الشرعية بأجمعها لا يمكن الا بيد الحاكم المطلق.

و دعوى ان المراد بالعلماء هم الأئمة، غريبة، يدفعها صدر الخبر الوارد فى ثواب طلب العلم، مع انه بهذا المضمون روايات صريحة فى ارادة غير الأئمة الهداة صلوات اللّه عليهم، مثل ما فى البحار: و قال امير المؤمنين صلوات اللّه عليه لولده محمد: تفقه فى الدين، فان الفقهاء ورثة الأنبياء «۲».

---

(۱) اصول الكافى ج ۱ ص ۳۴ باب ثواب العالم و المتعلم.

(۲) ج ۱- ص ۲۱۶ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۷۷

]...[

و فى المقام روايات أخر قريبة المضمون مع ما تقدم، تظهر كيفية الاستدلال بها مما تقدم، فلا وجه لتطويل الكلام بذكر كل واحد منها.

العالم المختلف أبواب الحكام آفة الدين

و قد تضمنت الأخبار ذم العلماء الذين يختلفون أبواب الحكام و لا يحترزون عن مخالطتهم، لاحظ خبر السكونى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا فى الدنيا، قيل: يا رسول اللّه و ما دخولهم فى الدنيا؟ قال صلّى اللّه عليه و آله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «۱».

و النبوى: العلماء أمناء الرسل على عباد اللّه عز و جل ما لم يخالطوا السلطان، فإذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم و اعتزلوهم «۲».

و النبوى: شرار العلماء الذين يأتون الأمراء، و خيار الأمراء الذين يأتون العلماء «۳».

و الخبر قال (عليه السلام): العلماء احباء اللّه ما أمروا بالمعرف و نهوا عن المنكر و لم يميلوا فى الدنيا و لم يختلفوا أبواب السلاطين، فإذا رأيتهم مالوا الى الدنيا و اختلفوا أبواب السلاطين فلا تحملوا عنهم العلم، و لا تصلّوا خلفهم، و لا تعودوا مرضاهم، و لا

---

(۱) اصول الكافى ج ۱- ص ۴۶ باب المستأكل بعلمه.

(۲) المحجة البيضاء ج ۱- ص ۱۴۴.

(۳) المحجة البيضاء ج ۱ ص ۱۴۴- و أخرجه ابن عبد البر فى العلم بلفظ آخر على نقل و بلفظه نقله الشهيد فى المنية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۷۸

]...[

تشيعوا جنائزهم، فانهم آفة الدين، و فساد الإسلام، كما يفسد الخل العسل «۱». الى غير ذلك من الأخبار.

و الظاهر ان منشأ هـذه التشدیـدات العظیمـة و السـر فیها وجهان: أحـدهما: ان العالم جعل متبوعا و حاکما و مخدوما، فإذا صار تابعا و خادما و محکوما کان ذلک انعکاسا علی ام الرأس، و مثله هو الذی یقوم فی العرض الأکبر مع المجرمین ناکسی رءوسهم عند ربهم.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلـد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۶، ص: ۱۷۸

الثانی: ان السلطان و الملک قد غصب حق المجتهد و تصدی للحکومة. فاختلاف بابه تقریر لظلمه و تعدیه فلا یجوز.

و بـذلک یظهر الوجه لمـا فی روایـات کثیرة من ذم السـلاطین و النهی عن اختلاـف أبوابهم و الأمر بالهرب منهم. و فی المقام مطالب هامة یعجبنی التعرض لها و للإخبار الواردة عن ائمة الدین فیها، و لکن الظروف لا تساعد، و إلی اللّه المشتکی.

فالمتحصل مما ذکرناه: انه لا ینبغی التوقف فی ان تشکیل الحکومة وظیفة المجتهد الجامع للشرائط.

---

(۱) خراجیة الفاضل القطیفی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۷۹

]...[

مزاحمة احد المجتهدین لآخر

بقی الکلام فی انه هل یجوز لآحاد المجتهدین مزاحمة الآخرین ام لا؟.

و تنقیح القول فی ذلک: انه تارة: یتصدی أحدهم للرئاسة و الحکومة، و اخری: لم یستقر له الأمر و یرید التصدی لها.

اما فی الصورة الأولی: فلا اشـکال فی عدم جواز المزاحمة ان کان المتصدی أهلا لذلک، إذ مضافا الی ان المزاحمة موجبة لتضـعیف الحکومـة الإسـلامیة- و هو بدیهی الحرمة- یشـهد لعدم جوازها قوله (علیه السـلام) فی مقبولة ابن حنظلة المتقدمة: فإذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فإنما استخف بحکم اللّه و علینا رد، و الراد علینا الراد علی اللّه. و هو علی حد الشرک باللّه «۱».

فان تصـدی المجتهـد حینئـذ کتصـدی الإمام (علیه السـلام)، فمزاحمـة الثانی ایاه کمزاحمته للإمام، و هی مسـتلزمة للرد علیه و هو رد الإمام فلا یجوز. أضف الی ذلک انه یلزم اختلال نظام مصالح المسـلمین العامة، و هو غیر جائز قطعا، مع ان الأدلة انما تدل علی جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم المتصدی له، ففی فرض التصدی لا دلیل علی ثبوته لأحد.

و إلی هـذا نظر المحقق النـائینی ره، حیث قـال: ان الفقیه ولی من لاـ ولی له، فإذا تحقق الولی فلا ولایـة لآخر کما هو مفاد المشـهورة السـلطان ولی من لا ولی له کما ان الظاهر الی هـذا نظر من قال ان دلیل الولایة ان لم یکن لفظیا فالمتیقن منه انما هو ثبوت الولایة مع عدم تصدی احد، و الا فیرجع الی الأصل و هو یقتضی عدم الولایة

---

(۱) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب صفات القاضی حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۸۰

]...[

و ان کان لفظیا، فإطلاقه غیر مسوق للبیان من هذه الجهة، فعند الشک لأبد من الرجوع الی الأصل المتقدم.

و أما فی الصورة الثانیة: فان قلنا باعتبار الأعلمیة- کما یشهد به ما رواه فی البحار عن الاختصاص قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: من تعلّم علما لیماری به السفهاء او لیباهی به العلماء أو یصرف به الناس الی نفسه یقول انا رئیسکم فلیتبوأ مقعده من النار، ان الرئاسة لا تصلح الا لأهلها، فمن دعی الناس الی نفسه و فیهم من هو اعلم منه لم ینظر اللّه إلیه یوم القیامة «۱».

فلا اشکال فی عدم جواز المزاحمة، و الا فالأظهر جواز المزاحمة، بمعنی ترتیب المقدمات، و التوسل بکل امر جائز فی نفسه للوصول الی ذلک المقام السامی بل لو کان یری نفسه أحق و ابصر بالأمور و انه لو تصدی لذلک کان یخدم الإسلام و المسلمین احسن مما لو تصدی الآخر یجب علیه ذلک و اللّه العالم.

عدم أولویة الفقیه بالتصرف فی الأموال و الأنفس

فالمتحصل مما أسلفناه: ثبوت منصب الفتوی و القضاوة و ما یتبع هذا المنصب، و الحکومة المطلقة للفقیه، و علیه فکل امر یرجع فیه کل قوم الی رئیسهم یرجع المسلمون فیه الی الفقیه، کما انه المرجع فی کل امر یکون بید القضاة کما مر، و اما غیر تلک من ما ثبت للإمام (علیه السلام) من أولویته بالتصرف فی الأموال و الأنفس، و لزوم اطاعته فی اوامره الشخصیة العرفیة، و ولایته التکوینیة، فالظاهر عدم ثبوت

(۱) البحار ج ۲- ص ۱۱۰ من الطبع الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۸۱

[...]

شیء منها للفقیه بما هو فقیه لاختصاص أدلتها بالإمام (علیه السلام).

قال الشیخ: قده: فلو طلب الفقیه الزکاة و الخمس من المکلف فلا دلیل علی وجوب الدفع ... إلخ.

و قد التزم هو قده فی کتاب الزکاة بوجوب الدفع إلیه ان طالب.

و استدل له: بان منعه رد علیه و الراد علیه راد علی الله تعالی کما فی مقبولة ابن حنظلة «۱» و بقوله (علیه السلام) فی التوقیع الشریف: اما الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا فانهم حجتی علیکم و انا حجة اللّه «۲».

و لکن قد مر ان الخبرین انما یدلان علی ان الحکومة و القضاوة للفقیه و لا یدلان علی ثبوت شیء آخر کوجوب الإطاعة، و حیث إن ذلک لیس شأنا من شئون احد المنصبین. و بعبارة اخری: لیس مما یرجع فیه العرف الی الرئیس أو القاضی، فلا وجه لوجوب الرد إلیه، و ما فی المقبولة انما هو کون عدم قبول ما حکم به بحکمهم ردا علی الإمام لا ان مطلق الرد رد علیه.

نعم إذا فرضنا صیرورة المجتهد حاکما و سلطانا فطلب الزکاة أو الخمس لصرفها فی المصالح العامة و الفقراء وجب الدفع إلیه، لأن ذلک من حیثیات الحکومة و شئونها و لذا کان دأب النبی صلّی اللّه علیه و آله و الوصی (علیه السلام) فی زمان حکومتهما مطالبة الزکاة و الأخذ من المانعین جبرا.

و بما حققناه یظهر الضابط فیما للفقیه تصدیة و ما لیس له ذلک، فتدبر حتی لا یشتبه علیک الأمر.

(۱) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب صفات القاضی- حدیث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب صفات القاضی- حدیث ۹.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۸۲

[...]

ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه

بقى الكلام فى توقف تصرف الغير على اذنه.

و ملخص القول فى المقام: ان ما ثبت كونه معروفا إذا علم كونه وظيفة شخص خاص، كنظر الأب فى مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالقضاوة، أو علم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالأمر بالمعروف، فلا كلام.

و ان احتمل ان يكون فى وجوده أو وجوبه منوطا بنظر شخص خاص، فان كان لدليل ذلك المعروف عموم أو إطلاق من هذه الجهة تنفى الإناطة به حتى و ان ثبت كونه منوطا بنظر شخص الإمام (عليه السلام) فى زمان حضوره، إذ المتيقن من دليل القيد هو دخل نظر الإمام فى زمان الحضور، فمع عدم التمكن من الاستئذان منه يكون الإطلاق هو المحكم، و لا وجه للتمسك بعموم ادلة النيابة لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للإمام (عليه السلام) بما هو امام.

نعم ما ثبت له بعنوان انه قاض أو حاكم و رئيس يثبت للفقيه لما مر من ثبوت هذين المنصبين للفقيه، و عليه فكل امر مطلوب يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع فيه الى الفقيه، و لعله يكون من هذا الباب الجهاد من الكفار، و قد مر الكلام فيه فى كتاب الجهاد.

و ان لم يكن لدليل معروفيته إطلاق أو عموم، فان لم يحرز اصل المطلوبية فى زمان الغيبة من جهة احتمال دخل نظر الإمام (عليه السلام) فيها، فان ثبت كون دخل نظره (عليه السلام) بما انه رئيس و حاكم يحكم بانه مطلوب مع اذن الفقيه، و انه لأبد فيه من الرجوع إليه لما مر من عموم دليل ولايته بهذا المعنى، و ان احتمل دخل

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۱۸۳

[...]

نظر شخص الإمام (عليه السلام) فيه سقطت مطلوبيته، كان ذلک من قبيل المعاملات أو العبادات للأصل.

و ان احرز ارادة وجوده فى الخارج و علم وجوبه كفاية مع تعذر الاستئذان بان يكون اعتبار اذنه ساقطا عند التعذر، لا كلام فى ان للفقيه التصدى له، لأنه اما يعتبر اذنه أو هو كغيره ممن يجب عليه كفاية، و اما غير الفقيه فان كان التصرف تصرفا معامليا فالأصل عدم نفوذه الا باذن الفقيه، و ان كان غير معاملى فان استلزم ذلک التصرف فى مال الغير أو نفسه لم يجز لعموم ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير أو نفسه «۱» و الا كما فى الصلاة على الميت جاز التصدى له بدون اذنه بناءً على جريان البراءة عند الدوران بين الأقل و الأكثر كما لا يخفى.

و بذلک يظهر عدم تمامية ما افاده الشيخ ره من إطلاق عدم المشروعية، كما انه ظهر ما فى إطلاق المحقق الخراسانى من الجواز فى غير المعاملات.

فان قيل بناءً على ما ذكر من انه لو كان عموم أو إطلاق لدليل ذلك المعروف لم يكن اذن الفقيه معتبراً لا بد من البناء على عدم اعتبار اذن الفقيه فى شىء من الموارد لعموم ما دل على ان كل معروف صدقة «۲» من النصوص، توجه عليه ان تلک النصوص من جهة أخذ مشروعية الفعل فى موضوعها- لأن المعروف هو ما عرّفه الشارع و رغّب إليه و حث عليه- لا سبيل الى التمسک بها، لأنه مع احتمال اعتبار اذنه لم يحرز كونه معروفا بدون اذن الفقيه، فلا يتمسک به. فالأظهر هو اعتبار اذن الفقيه فى التصرفات المعاملية و ما استلزم التصرف فى مال الغير أو نفسه.

---

(۱) الوسائل باب ۳- من أبواب مکان المصلی حدیث ۱- ۳ و باب ۱- من أبواب القصاص فی النفس حدیث ۳.

(۲) الوسائل- باب ۴۱ من أبواب الصدقة من کتاب الزکاة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۸۴

]...[

و قد اشتهر فی الألسن و تداول فی بعض الکتب روایة «۱»: ان السلطان ولی من لا ولی له.

و اختلفت کلمات القول فی المراد من السلطان، فعن جماعة: ان المراد به الإمام (علیه السلام)، و هو الظاهر من صدر عبارة الشیخ ره فی المقام، و عن آخرین کالعلامة فی التذکرة و غیره: ان المراد به ما یعم الفقیه المأمون القائم بشرائط الاقتداء و الحکم، و هو الظاهر من عبارة الشیخ ره الأخیرة.

و الأظهر هو الثانی: فان السلطان من له السلطنة علی غیره، و الإمام (علیه السلام) و ان کان مصداقه الکامل الا ان للفقیه ایضا السلطنة علی غیره، و هو الحاکم المنفذ الحکم کما مر، فمقتضی إطلاق الخبر هو جعل الولایة له ایضا.

و تقریب الاستدلال به: انه یدل علی ثبوت الولایة علی من لا ولی له، و من شانه ان یکون له ولی لمن له السلطنة، و لازم جعل الولایة هو جواز کل تصرف متعلق به أو بما له کان جائزاً له لو کان مالکا لأمره، فیجوز للحاکم الشرعی ان یزوج المجنون الذی لا ولی له، و ان یزوج المجنونة.

فان قیل: انه ضعیف السند للإرسال.

قلنا: ان صاحب الجواهر ره فی کتاب النکاح قال: ان هذه القاعدة استغنت عن الجابر فی خصوص الموارد نحو غیرها من القواعد. و الظاهر انه کذلک، فان الفقهاء فی باب النکاح یصرّحون بان احد الأولیاء السلطان، و الظاهر ان هذا التعبیر منهم من باب تبعیة هذا النص، فلا اشکال فی الخبر سنداً و دلالة.

---

(۱) التذکرة ج ۲ ص ۵۹۲- رواه أبو داود فی محکی سننه ج ۱ ص ۴۸۱- و ابن ماجة تحت قم ۱۸۷۹- و احمد فی مسنده ج ۶ ص ۴۷- و فی عوائد النراقی عائدة ۵۴ انه مروی فی کتب الخاصة و العامة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۸۵

]...[

ولایة عدول المؤمنین

اشارة

مسألة: فی ولایة عدول المؤمنین.

و ملخص القول فی المقام: ان المعروف الذی ثبت کونه من وظائف الفقیه- و قد مر ضابطه- لا محالة یکون التکلیف به ساقطاً عند عدم التمکن منه، الا إذا علمنا من الخارج بقاء التکلیف به، فیجوز حینئذ تصدی غیره.

و أما ما لم یثبت فیه ذلک، فان کان لدلیله عموم أو إطلاق یقتضی جواز تصدی کل احد فلا کلام، و الا فان کان احتمال دخل نظر الفقیه و اذنه من قبیل شرط الوجوب یکون التکلیف به ساقطا مع تعذر الاستئذان منه لأصالة البراءة. و ان کان من قبیل شرط الواجب،

فان کان ذلک تصرفا معاملیا أو کان مستلزما للتصرف فی مال الغیر أو نفسه، لم یجز لما تقدم، و إلا جاز و لم یسقط التکلیف به لجریان الأصل عند الشک فی الأقل و الأکثر.

ثمّ ان ثبوت مطلوبیهٔ الفعل بعد تعذر الاستئذان انما یکون بأحد طرق:

أحدها: استفادهٔ ذلک من النصوص و لو مع ملاحظهٔ المناطات و مناسبهٔ الحکم و الموضوع، کما فی دفن المیت.

ثانیها: ان یکون لدلیل ذلک المعروف إطلاق، و لا یکون الدلیل المقید له بنظر الفقیه مطلقا، فانه حینئذ یقتصر فی تقییده علی المقدار المتیقن و هو التمکن من الاستیذان.

ثالثها: استقلال العقل بذلک، کما فی حفظ مال الیتیم من التلف.

رابعها: ان یدل دلیل بالخصوص علی ذلک، کما سیأتی فی بیع مال الیتیم.

خامسها: جریان السیرهٔ العقلائیهٔ بضمیمهٔ عدم ردع الشارع عنها، کما إذا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۸۶

[...]

مرض الیتیم و توقفت نجاته من الهلاکهٔ علی التصرف فی ماله.

و قد ذکر له طرق أخر.

منها: ما نسب الی الشهید ره، و هو: التمسک بدلیل کل معروف صدقهٔ «۱» و شبهه، و قد مر أنه لعدم احراز الموضوع- و هو کون الفعل معروفا من کل احد- لا موقع للتمسک به.

و منها: ما افاده الشیخ ره، و هو: ما إذا کان الفعل مقدمهٔ لما هو حسن عقلا، کما لو توقفت نجاهٔ الیتیم من الهلاکهٔ علی التصرف فی ماله، بدعوی انه یعلم رجحان حفظ الیتیم من الهلاکهٔ علی التصرف فی مال الغیر بغیر اذنه.

و فیه: ان الکبری الکلیهٔ تامهٔ، الا انه فی المثال من جههٔ إمکان الصرف من مال نفسه أو من بیت المال لا یتم ما أفید فیه، و الکبری داخلهٔ تحت الطریق الثالث الذی ذکرناه.

ثمّ ان الشیخ ره ذکر ان من جملهٔ الأدلهٔ المطلقهٔ لمعروفیهٔ الفعل قوله (علیه السلام): عون الضعیف من أفضل الصدقهٔ. و قوله تعالی: وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ* «۲».

و فیه: اما الأول: فقد عرفت انه لا إطلاق له من هذه الجههٔ. و حاصله: انه من الواضح ان کل ما یکون عونا لا یکون صدقهٔ، حتی ما کان عونا بفعل محرم، فالمراد هو العون بما یکون جائزا شرعا، فلا بد من احراز جوازه عند فقد الفقیه بدلیل آخر.

و أما الآیهٔ الشریفهٔ: فان کان الخطاب فیها متوجها الی الأولیاء کما ان قوله

---

(۱) الوسائل- باب ۴۱- من أبواب الصدقهٔ من کتاب الزکاهٔ..

(۲) سورهٔ الأنعام آیهٔ ۱۵۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۸۷

[...]

تعالی: فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً خطاب إلیهم فهی اجنبیهٔ عن المقام، و ان کان متوجها الی عامهٔ المکلفین فالاستدلال بها فی نفسها لا مانع منه، فإنها حینئذ بمفهوم الاستثناء تدل علی جواز التصرف المقرون بمصلحهٔ الصغیر مطلقا، الا ان من التزم بدلالهٔ التوقیع و غیره

على عموم ولايـة الفقيه و انهـا تـدل على اعتبـار اذن الفقيه فى أمثـال ذلك ليس له التمسك بعمومها، فانه بعـد تقيـد إطلاقها بإطلاق تلك الأدلة لا يبقى محل للتمسك بها عند تعذر الاستئذان من الفقيه كما لا يخفى.

اشتراط العدالة

قال الشيخ: بقى الكلام فى اشتراط العدالة فى المؤمن، و هو مقتضى الأصل ... إلخ.

لا يخفى انه قـده فى ولاية الأب و الجد التزم بان مقتضـى الأصل عدم اعتبار العدالة، و هنا التزم بان الأصل يقتضـى اعتبارها، و يمكن ان يؤيد ما ذكرناه هناك من ارادته من الأصل بذلك، و الا فالبابان من واد واحد كما هو واضح.

و كيف كـان: فمحصـل القول فى المقام: ان الكلام فى اعتبار العدالـة ربما يقع فى جواز مباشـرة الفاسق و تكليفه بالنسـبة الى نفسه، و ربما يقع بالنسـبة الى ما يتعلق من فعله بفعل الغير بان يكون فعله منضما الى فعل غيره، كالإيجاب المنضم الى القبول من الغير موضوعا للأثر.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى فيما تقتضيه النصوص الخاصة الواردة فى بيع مال اليتيم.

[...]

اما المورد الأول: فان كان ثبوت معروفيـة ذلك الفعل بإطلاق دليل أو عموم فمقتضـى ذلك عـدم اعتبار العدالـة، كما انه كذلك إذا كان باسـتقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل و الفاسق، و اما ان كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعـدم اعتبـار العدالـة، أو كـان باسـتكشافه من المناطـات و نحوهـا مع احتمـال الاختصاص بالعـدول لزم البناء على اعتبارها، لأن ثبوت مطلوبيته للعدول معلوم، و لغيرهم مشـكوك فيه، و الأصل عدمه، مع ان مقتضـى الأصل عدم النفوذ إذا كان التصرف تصرفا معامليا، و عدم الجواز إذا كان تصرفا فى مال الغير أو نفسه، بالإضافة الى غير العدول.

اما المورد الثانى: فمن النصوص صـحيح ابن بزيع: رجل مات من أصـحابنا و لم يوص فرفع امره الى قاضـى الكوفـة فصـيّر عند الحميد القيّم بما له، و كان الرجل خلف ورثة صـغاراً و متاعاً و جوارى فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضـعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صـيّر إليه وصـية و كان قيامه فيها بأمر القاضـى لأنه فروج، قال: فـذكرت ذلك لأبى جعفر (عليه السـلام) و قلت له- الى ان قال فقال (عليه السلام): إذا كان القيّم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس «١».

و الكلام فى هذا الخبر يقع فى جهات: الأولى: فى انه هل يدل على ثبوت الولاية على الصغار الذين لا ولى لهم ام لا؟.

الثانية: فى انه هل يدل على اعتبار العدالة ام لا؟.

الثالثة: فى انه هل يوجب تقييد إطلاق غيره من الأدلة لو كان ام لا؟.

اما الجهة الأولى: فقد يقال كما عن المحقق الإيروانى ره احتماله انه متضمن

(١) الوسائل- باب ١۶- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

[...]

للإذن الشخصى من الإمام (عليه السلام) لا لإعطاء الحكم، و حيث ان مفاده ليس إعطاء المنصب بل التوكيل فلا ينفع بالنسبة الى اعصار سائر الأئمة.

و فيه: ان هذا مخالف للظاهر من وجوه:

منها: ان ظاهر السؤال هو السؤال عن الحكم الشرعى، فالجواب يكون ظاهراً فى بيان ذلك.

و منها: ان ظاهره نفى البأس عن الأعمال التى اتى بها عبد الحميد قبل الرجوع الى الإمام.

و منها: التعبير بمثلك و مثل عبد الحميد، إذ لو كان فى مقام بيان الإذن الشخصى لم يكن يعبر هكذا.

و بالجملة ظهور الخبر سؤالا و جوابا فى بيان إعطاء الحكم لا ينبغى إنكاره.

و أما الجهة الثانية: فالوجوه المحتملة للمماثلة اربعة:

الأول: المماثلة فى التشيع.

الثانى: المماثلة فى الوثاقة، و ملاحظة مصلحة اليتيم.

الثالث: المماثلة فى العدالة.

الرابع: المماثلة فى الفقاهة.

و قد أفاد الشيخ ره- و تبعه المحقق النائينى ره-: ان الاحتمال الرابع مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه، و لو مع تعذره.

و فيه: انه لم يفرض فى الخبر لابدّية البيع، فلا مانع من الالتزام بعدم الجواز مع تعذر الفقيه، مع ان هذا بعينه يرد على ارادة المماثلة فى العدالة، فانه بإطلاقه حينئذ يدل على ثبوت البأس مع تعذر العادل. مضافا الى ان مورده منطوقا و مفهوما صورة التمكن من أمثال محمد بن إسماعيل و عبد الحميد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ١٩٠

[...]

فالحق ان يقال: ان احتمال ارادة المماثلة فى الفقاهة يدفعه: ان الظاهر كون المراد بعبد الحميد هو ابن سالم العطار، لأن الكلينى و ان روى الرواية و اطلق عبد الحميد، و لكن الشيخ فى محكى التهذيب رواها و قيده بابن سالم، و احتمال اشتباه الشيخ أو أنه انما يكون التقييد من جهة اجتهاده بعيد غايته.

و ما افاده المحقق البهبهانى ره من ان ابن سالم لم يكن فى عصر الجواد (عليه السلام) و الخبر مروى عنه، يرد عليه: ان ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد ثمّ يسأل حكم المسألة كلية، و لا يلازم ذلك كون عبد الحميد فى زمانه (عليه السلام)، و حيث انه ليس صاحب اصل أو كتاب، فلا يستفاد فقاهته، بل هو غير فقيه.

و يدفع احتمال ارادة المماثلة فى العدالة، فرض تصرف عبد الحميد فى البيع بمجرد نصب القاضى له كما يظهر من توقفه فى بيع الجوارى لأنهن فروج، مع ان الرجاليين وثّقوه، و الوثاقة أعم من العدالة.

و يدفع احتمال ارادة المماثلة فى التشيع انه لو كان المراد تلك كان المناسب ان يقال: إذا كان من أصحابنا، أو من أصحابك، أو من يعرف أمرنا فلا باس، فالمتعين ارادة المماثلة فى الوثاقة و الأمانة، فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للأمين و ان لم يكن عادلا.

و أما الجهة الثالثة: فبناء على ما افاده الشيخ ره يكون الخبر مجملا، و ان البناء على اعتبار العدالة انما يكون من جهة الأخذ بالمتيقن، و عليه فلا وجه للأخذ به فى مقابل إطلاق دليل أو عموم، بل هو يكون مبيناً لإجمال هذا كما هو الشأن فى كل مورد كان احد الدليلين

مجملا و الآخر مبینا.

و منها: صحیح علی بن رئاب عن الإمام الکاظم (علیه السلام): عن رجل بینی و بینه قرابة مات و ترک أولاداً صغاراً و ترک ممالیک و غلمانا و جواری و لو یوص، فما تری

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۱

]...[

فیمن یشتری منهم الجاریة فیتخذها ام ولد، و ما تری فی بیعهم؟ قال: فقال (علیه السلام): ان کان لهم ولی یقوم بأمرهم باع علیهم و نظر لهم و کان مأجورا فیهم، قلت: فما تری فیمن یشتری منهم الجاریة فیتخذها ام ولد؟ فقال (علیه السلام): لا بأس بذلک، إذا باع علیهم القیّم لهم الناظر فیما یصلحهم، فلیس لهم ان یرجعوا فیما صنع القیّم لهم الناظر فیما یصلحهم «۱».

و لکن: هذا الصحیح اجنبی عن المقام، لأن الظاهر من القیّم هو القیّم الشرعی، اما بنصب المیت فیکون المراد من لم یوص عدم الوصیة بالثلث، أو بنصب من بیده الأمر.

و ان شئت قلت: ان الخبر وارد فی مقام بیان جواز الاشتراء من القیّم فی مقابل الاشتراء من الصغار، و لیس فی مقام بیان من به تقوم القیمومة.

و منها: موثق زرعة عن سماعة: عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و کبار من غیر وصیة و له خدم و ممالیک و عقد کیف یصنع الورثة بقسمة ذلک؟ قال (علیه السلام): ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلک کله فلا بأس «۲».

و هذا و ان کان یدل علی الاکتفاء بالوثاقة، الا انه مختص بالقسمة.

و منها: صحیح إسماعیل بن سعد عن الإمام الرضا (علیه السلام): عن الرجل یموت بغیر وصیة و له ولد صغار و کبار، أ یحل شراء شیء من خدمه و متاعه من غیر ان یتولی القاضی بیع ذلک، فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم یستعمله الخلیفة أ یطیب الشراء منه ام لا؟ فقال (علیه السلام): إذا کان الأکابر من ولده معه فی البیع فلا باس

---

(۱) الوسائل- باب ۱۵- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب احکام الوصایا حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۲

]...[

إذا رضی الورثة بالبیع و قام عدل فی ذلک «۱».

و قد استظهر منه الشیخ ره اعتبار العدالة.

و اورد علیه: بان الظاهر من القاضی الذی تراضوا به هو القاضی الشرعی الذی له الولایة علی مال الصغیر مطلقا، و ان لم ینضم إلیه العدل اجماعا. و بأن غایة مفاده ثبوت الولایة للعادل، و هذا لا ینافی ثبوتها لمطلق الثقة الأمین، فلا مقید لإطلاق صحیح ابن بزیع، و بانه انما یدل علی اعتبار العدالة بالنسبة الی المشتری، و الکلام انما هو فی وظیفة المتصدی للبیع نفسه.

و فی الجمیع نظر: اما الأول: فلأن السؤال انما هو عن البیع من دون تصدی القاضی، و مع تصدیه فالجواب یکون عاما للموردین.

و أما الثانی: فلأن الظاهر کون قوله: عدل ... إلخ عطفا علی قوله رضا الورثة، و علیه فهو بمفهوم الشرط یدل علی عدم الولایة لغیر العادل، و یوجب تقیید إطلاق صحیح ابن بزیع.

و أما الثالث: فلأنه بناء علی ما ستعرف من کون العدالة معتبرة بنفسها لا بما انها طریق الی ملاحظة صلاح الیتیم، یکون جعلها شرطا للشراء مستلزما لجعلها شرطا للبیع، و الا فجعل جواز البیع للفاسق من غیر ان یجوز لأحد الشراء منه لغو، فالأظهر ان الجمع بین النصوص یقتضی البناء علی ثبوت ولایة التصرف علی مال الیتیم لعدول المؤمنین، و الظاهر منها اعتبار العدالة لا من باب الإماریة علی کون التصرف تصرفا بالأحسن- کما ذهب إلیه الشیخ ره- بل من باب دخلها بنفسها، إذ الظاهر من أخذ کل عنوان فی الموضوع دخله فی الحکم بنفسه لا من باب الإماریة الی

---

(۱) الوسائل باب ۱۶ من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۳

]...[

شیء آخر.

و بما ذکرناه ظهر الحال فی المقام الثانی فلا نعید.

و مقتضی إطلاق النصوص ثبوت الولایة للعدول مع التمکن من الفقیه، فما افاده المحقق الأردبیلی ره من کون ولایة العدول علی مال الیتیم فی عرض ولایة الفقیه، متین اللهم الا ان یقال: ان مقتضی إطلاق هذه النصوص و ان کان ذلک، الا انه من جهة کونها من مناصب القضاة، و قد جعل الشارع الفقیه قاضیا و حاکما، فمع وجوده لا بد من تصدیقه لذلک. فتدبر فان المسألة تحتاج الی تأمل زائد.

فروع

بقی فی المقام فروع:

الأول: انه بناء علی جواز تصرف الفاسق لو اخبر بالفعل الحسن المطلوب، هل یقبل اخباره ام لا؟ وجهان. و الحق ان یقال: انه بناءً علی کون جواز تصرفه من باب الولایة یقبل اخباره لقاعدة من ملک شیئاً ملک الإقرار به.

و دعوی معارضته مع عموم ما دل علی عدم حجیة خبر الفاسق؛ مندفعة بانه لا تعارض بینهما، إذ لا تنافی بین عدم قبول اخباره من حیث انه خبر الفاسق و قبوله من حیث انه مالک للتصرف، و لذا تری انه یقبل اخبار ذی الید. و ان قلنا انه من باب التکلیف الصرف لا یقبل لعدم جریان القاعدة فیه، فالمرجع عموم ما دل علی عدم حجیة خبر الفاسق.

الثانی: انه بناء علی جواز البیع للفاسق، إذا تصدی الفاسق للبیع و أوجب و شک من یرید القبول فی انه هل یکون الإیجاب تصرفا علی وجه احسن ام لا، فهل

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۴

]...[

تجری أصالة الصحة فی الإیجاب و یحرز بها صحة الإیجاب و القبول، ام لا؟ وجهان.

قد استدل الشیخ ره للثانی بوجهین:

أحدهما: ان الحکم لم یحمل علی التصرف الصحیح، و انما حمل علی موضوع و هو إصلاح المال و مراعاة الحال، و هذا عنوان لموضوع الأثر، و حیث انه قد ثبت فی محله انه یعتبر فی جریان أصالة الصحة فی موضوع الأثر احراز تحقق الموضوع و عنوانه، و

کون الشک متمحضا فی الصوف، و الا فمع الشک فی الموصوف لا تجری أصالة الصحة، ففی المقام لا تجری أصالة الصحة فی الإیجاب.

الثانی: ان أصالة الصحة فی الإیجاب لا- تثبت الا- صحة الإیجاب التأهلیة، و لا- یحرز بها تحقق المصلحة، و حیث ان القابل ایضا متصرف فی مال الصغیر، و لا بد و ان یکون تصرفه علی وجه احسن، و لا یحرز ذلک بأصالة الصحة فی الإیجاب، فاصالة الصحة الجاریة فی الإیجاب لا تفید فی الحکم بترتب النقل.

و لکنه یرد علی الوجه الأول: ان هذا الشرط کسائر الشرائط انما یکون شرط صحة التصرف، و عنوان التصرف الذی هو موضوع الاثر عنوان المعاملة من البیع و غیره، و من شرائط صحته و إمضاء الشارع له کونه صلاحا للیتیم.

و بعبارة اخری: ان الموصوف بالصحة و الفساد نفس التصرف المعاملی، غایة الأمر ان هذا التصرف یمتاز عن سائر التصرفات بکونه مشروطا بشرط زائد، و هو کونه صلاحا للیتیم، و ما کان واجداً لهذا الشرط یصح، و ما کان فاسدا لا یصح، و مجرد جعله عنوانا و کیفیة للتصرف لا یجعله من العناوین التی باختلافها یختلف الموضوع بنظر العرف و یکون من قبیل الأعمال الخارجیة التی قصد بها البیع أو شیء آخر، و علیه فمع احراز اصل التصرف و الشک فی صحته و فساده تجری أصالة الصحة، و یحرز بها الصحة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۵

]...[

و یرد علی الوجه الثانی: ان الذی لا بد و ان یکون صلاحا للیتیم هو الإیجاب و البیع، فانه متضمن لإعطاء ماله بعوض، و اما القبول فهو أخذ للمال الذی هو عوض عن ماله، و هذه حیثیة راجعة الی المشتری لا إلی الیتیم، فلا یعتبر فیه احراز کون المعاملة صلاحا للیتیم، و لعل هذا هو السر فیما ادعاه بعض من ان اهل العرف یفهمون من جعل شخص ولیاً فی البیع جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن کونه صلاحا ام لا.

مع انه یمکن ان یقال: ان الدلیل انما دل علی اعتبار کون التصرف علی وجه احسن، و هو انما یکون بالبیع، و اما الشراء فهو مطاوعة و قبول للبیع لا انه بنفسه تصرف، فلا یعتبر فیه هذا الشرط. فالأظهر جریان أصالة الصحة فی الإیجاب و ترتب الأثر علیه مع ضم القبول إلیه.

الثالث: ما ذکره بقوله: نعم لو وجد فی ید الفاسق ثمن من مال الصغیر لم یلزم الفسخ مع المشتری واخذ الثمن ... إلخ.

أقول: ما افاده ره و ان کان متینا- ای تجری أصالة الصحة فی فعل البائع و المشتری و یترتب علیها الأثر- الا ان الوجه الأول الذی ذکره فی الفرع المتقدم یجری فی هذا الفرع، و لازمه عدم جریانها، و لازم ذلک جریان استصحاب بقاء المثمن علی ملک الصغیر، و یحرز به کون مال الیتیم یجب إصلاحه و حفظه من التلف هو المثمن لا الثمن.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۶

]...[

مزاحمة الولی

و حیث ثبت جواز تصرف المؤمنین، فهل هو علی وجه التکلیف الوجوبی أو الندبی؟.

و المقصود من سوق هذا الکلام بیان حکم مزاحمة غیر المتصدی للمتصدی، و قد حکم الشیخ ره بجوازها، و استند فی ذلک الی ان ما ثبت له انما یکون علی وجه التکلیف لا علی وجه النصب من الإمام (علیه السلام).

و لکنه یرد علیه أمران:

الأول: ان الظاهر کونه من قبیل النصب حیث قال (علیه السلام): ان کان ولی یقوم بأمرهم باع علیهم و نظر لهم ... إلخ مع ان ثبوت نفوذ التصرفات المعاملیة لغیر المالک، مع عدم کونها بعنوان الوکالة یستلزم کونه ولیاً و مالکا للتصرف، و الا لما کانت جائزة، و لا معنی لمجرد جعل التکلیف فی هذا المقام.

الثانی: انه علی فرض کون ذلک من قبیل النصب من الإمام کما هو کذلک تجوز مزاحمته إذا کان النصب بعنوان یعم کلیهما ولا یختص بخصوص المتصدی، فان التصدی لا یوجب تعین المتصدی و انحصار المنصوب به الا إذا دل دلیل آخر علی ذلک، و هو مفقود.

توضیح الآیة الشریفة

المشهور بین الأصحاب: ان تصرف غیر الأب و الجد فی مال الصغیر مشروط

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۷

]...[

بوجود المصلحة، و عن مفتاح الکرامة: انه اجماعی، و الظاهر من التذکرة فی باب الحجر کونه اتفاقیا بین المسلمین.

و استدل له بقوله تعالی: وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ* «۱» و حیث یترتب علی توضیح الآیة الشریفة فوائد مهمة فلا بد من ذلک. و الکلام فیه یقع فی جهات:

الاولی: ان حرمة القرب الی مال الیتیم الا بالتی هی احسن محدودة فی الآیة الشریفة بقوله تعالی: حَتَّی یَبْلُغَ أَشُدَّهُ* کما فی سورتی الانعام و الاسراء، فحینئذ قد یقال: ان الغایة ان کانت قیداً للموضوع أو المتعلق- و ان کان لا یترتب محذور من جهة انه لا مفهوم للآیة الشریفة- الا انه خلاف الظاهر، فان الظاهر کونها قیداً و غایة للحکم، و علیه فتدل الآیة بمفهوم الغایة علی ان القرب المحرّم انما هو الی زمان البلوغ، و بعده لا یکون محرما، مع انه محرم قطعا.

و أجیب عنه بجوابین: الأول: انها غایة للمستثنی فقط، فمعناها: ان جواز التصرف علی وجه احسن محدود بالبلوغ، و به ینقطع الجواز و یدور امر التصرف مدار اذن صاحب المال.

الثانی: انها غایة للمستثنی منه، أو هو مع المستثنی، الا ان المستثنی منه حرمة التصرف مطلقا و لو مع رضا الیتیم، و هذا الحکم محدود بالبلوغ، فانه بعد البلوغ یجوز التصرف مع رضاه.

و کلاهما خلاف الظاهر، اما الأول: فلان الظاهر کونه غایة للحکم الذی تضمنه الآیة الشریفة.

---

(۱) الانعام آیة ۱۵۲- الاسراء آیة ۳۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۸

]...[

و اما الثانی: فلان المذکور انما هو الحکم المطلق لا إطلاق الحکم.

فالحق ان یقال: انه لا مفهوم لها من جهة کون القید مسوقا لبیان تحقق الموضوع، فان الموضوع هو الیتیم، و هو یتبدل بالبلوغ.

الجهة الثانیة: فی بیان المراد من القرب المنهی عنه.

أقول: الظاهر من القرب فی نفسه هو ما یقابل البعد، و لکن الظاهر منه فی الآیة الشریفة التصرف فی مال الیتیم، و حیث ان التصرف فی مال الیتیم ربما یکون خارجیا مثل اکله و شربه و نحوهما، و ربما یکون اعتباریا کبیعة و شرائه و نحوهما.

فقد وقع الخلاف فی المراد من الآیة، و محتملاته التی ذکرها الشیخ ره اربعة:

الأول: ارادة اقرب ما یکون الی مصداق القرب، ای أول تصرف فیه کمسه و وضع الید علیه. هذا هو الاحتمال الثانی فی المکاسب.

الثانی: ان یراد ما یعمه و سائر التصرفات الخارجیة. و بعبارة اخری: مطلق التقلیب و التحرک، و هو الاحتمال الأول فی المکاسب.

الثالث: ان یراد به ما یعم ذلک و الترک. و بعبارة اخری: مطلق الامر الاختیاری المتعلق بمال الیتیم أعم من الفعل و الترک، و هو الاحتمال الرابع فی المکاسب.

الرابع: ان یراد به التصرف الاعتباری، و هذا هو الاحتمال الثالث فی المکاسب.

و هناک احتمال خامس اظهر من الجمیع، و هو: اراده ما یعم التصرفات الخارجیة و الاعتباریة، إذ سائر الاحتمالات ما بین ما یستلزم التخصیص بلا وجه، و التعمیم الذی لا یساعده عرف و لا لغة. و مجرد کون المتعلق هو مال الیتیم و قرب المال بما هو مال عبارة عن التصرف الاعتباری المتعلق به، لا یصلح معینا للاحتمال الرابع الذی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۱۹۹

[...]

اختاره الشیخ ره.

و أما ما افاده المحقق الإیروانی ره من: ان الظاهر ان القرب کنایة عن أکل مال الیتیم و الاستقلال بالتصرف فیه لا التصرف لأجل الیتیم، فتکون الآیة اجنبیة عن المقام. فبعید جداً لا یلائم مع استثناء الا بالتی هی احسن.

الجهة الثالثة: فی بیان المراد من النهی المتعلق بالقرب.

أقول: ان کان المراد بالقرب هو التصرف الاعتباری المتعلق بمال الیتیم کان النهی ظاهراً فی الإرشاد الی الفساد، و ان کان المراد هو التصرف الخارجی المتعلق به من وضع الید علیه و إمساکه و اکله و شربه کان ظاهرا فی الحرمة المولویة. و حیث عرفت ان المراد هو الجامع بینهما، فان حملناه علی المولویة لما دلت الآیة علی فساد المعاملة، لان النهی عن المعاملة لا یدل علی الفساد، مع ان بناء الأصحاب رضی اللّه عنهم علی التمسک بالآیة الشریفة علی فساد المعاملة علی مال الیتیم ما لم یکن علی وجه احسن، و ان حملناه علی الإرشاد لزم تخصص المتعلق بخصوص التصرفات الاعتباریة، و هو مما لا وجه له.

وحل هذه العویصة انما یکون بأحد نحوین:

الأول: حمل النهی علی ما یعم المولوی و الارشادی، و لا مانع من ذلک، فان الاختلاف بینهما انما یکون فی الدواعی و الأغراض، و لا اختلاف بینهما ذاتا نظیر الوجوب و الاستحباب، و لذا بنینا علی جواز الامر الواحد بشیئین مع کون أحدهما واجبا و الآخر مستحبا.

و بالجملة: قد حقق فی محله انه لا مانع من حمل النهی عن العام علی ارادة المولویة فی بعض افراده و الإرشادیة فی بعضها الآخر.

الثانی: حمل النهی علی خصوص المولوی، و النهی عن المعاملة نفسیا و ان لم

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۰

[...]

یدل علی الفساد الا انه یوجب فسق من اتی بمتعلقه، و بصیرورته فاسقا یخرج عن الولایة لما تقدم من اعتبار العدالة فی المتصدی لأمر الیتیم، و مع خروجه عنها لا یکون تصرفه نافذاً کما هو واضح.

الجهة الرابعة: فی بیان وجه تأنیث الموصول مع انه لو قدر ما هو من جنس المستثنی لزم تذکیرها، فان القرب مذکر، و الذی ینبغی ان یقال انه من جهة جعل المستثنی مجرورا بحرف جر لأبد من جعل المستثنی منه مقدراً و مجرورا بحرف جر، مثل: بحیثیة أو کیفیة، و علیه فیلائم تأنیث الموصول.

الجهة الخامسة: فی بیان محتملات الأحسن.

و قد ذکر الشیخ ره: ان محتملاته اربعة، فان المراد به اما: التفضیل، أو الحسن. و علی الأول: فاما ان یراد التصرف الأحسن من الترک، أو الأحسن مطلقا من الترک و من التصرفات الأخر. و علی الثانی: فاما ان یراد به ما فیه المصلحة، أو ما لا مفسدة فیه. و هناک احتمال خامس و هو: ارادة التفضیل منه، و ان یراد به من التصرفات الأخر.

و لازم الأول جواز البیع إذا کان احسن من ترکه و ان کان الایجار احسن منه، و لازم الثانی عدم جوازه ما لم یکن احسن من ترکه و من التصرفات الأخر، و لازم الثالث جواز کل تصرف فیه مصلحة و ان کان ترکه أصلح أو سائر التصرفات کذلک، و لازم الرابع جواز التصرف إذا لم یکن فیه مفسدة و ان کان فی غیره من التصرفات مصلحة اکیدة، و لازم الخامس جواز البیع إذا کان أصلح من الایجار و ان کان ترکه أصلح.

و قد استظهر الشیخ ره الاحتمال الثانی، و الوجه فیه: ان الظاهر من الأحسن ارادة التفضیل، و ان حذف المتعلق و ترک ذکر المفضل علیه یفید العموم.

و اورد علیه بایرادات:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۱

[...]

الأول: ان استعماله فی غیر التفضیل کثیر، و یؤید عدم ارادة التفضیل منه فی الآیة عدم ذکر کلمة من و عدم إضافته.

و فیه: ان استعماله فی غیر التفضیل کثیرا مع القرینة لا ینافی ظهوره فیه إذا ذکر بلا قرینة، و عدم ذکر کلمة من أو الإضافة انما یوجب ظهوره فی العموم، و لا ینافی ذلک.

الثانی: ما افاده المحقق الإیروانی ره، و هو: انه ان أرید منه الأحسن من جمیع ما عداه لزم عدم الاقدام علی شیء من التصرفات عند مساواتها أو مساواة عدة منها فی مقدار المصلحة، فان کل واحد من تلک الافراد المساویة لیس احسن من جمیع ما عداه، و ان أرید منه الأحسن فی الجملة و لو من بعض ما عداه لزم جواز تصرف یکون هو احسن من ما دونه و ان کان هناک تصرف آخر احسن منه.

و فیه: ان المراد به هو الأحسن مطلقا، الا انه فی الفرض نقول بان الجامع بین الافراد المتساویة فی مقدار من المصلحة یکون احسن من غیره، فیجوز، و لازمه التخییر بین الافراد.

الثالث: انه لو فرضنا ان الترک و سائر التصرفات لا حسن فیها أصلا، و هذا الفعل کالبیع فیه مصلحة اکیدة، لزم عدم جوازه، فانه لا یصدق الأحسن لعدم المبدأ فی غیره لتکون الزیادة صادقة فی البیع، مع انه جائز قطعا.

و فیه: أولا: انه لا محذور فی الالتزام بعدم شمول المستثنی له، و انما یلتزم بالجواز بالأولویة، إذ لو جاز البیع مع وجود المصلحة فی غیره فجوازه مع عدمها یکون اولی.

و ثانیا: انه یحمل الأحسن علی التفضیل المجازی، ای ما یترجح علی غیره فی نظر العقلاء، سواء کان لأجل ان مصلحته آکد من مصلحة غیره، أو من جهة ان فیه المصلحة و فی غیره المفسدة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۲

[...]

و قد ظهر مما ذكرناه أمران:

الأول: تمامية ما افاده الشيخ ره من ارادة الأحسن مطلقا.

الثانى: عدم تمامية ما افاده من انه لو فرضنا بيع مال اليتيم بعشرة دراهم و فرضنا انه لا يتفاوت الحال فى إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً لا يجوز ذلك، فان هذا التصرف ليس أصلح من تركه.

وجه عدم تماميته: ان الجامع بينه و بين الإبقاء يكون أصلح من غيره، فيجوز و يتخير بين الفردين. فالأظهر جواز التبديل.

هذا بحسب ما يستفاد من الآية، فقد عرفت انه يستفاد منها اعتبار المصلحة، و اما بحسب الروايات، فقد ذكر الشيخ ره روايتين و ادعى دلالتهما على كفاية عدم المفسدة و عدم اعتبار المصلحة فى التصرف فى مال اليتيم:

احداهما: حسنة الكاهلى قال: قيل لابى عبد اللّه (عليه السلام): انّا ندخل على اخ لنا فى بيت أيتام و معهم خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم فما ترى فى ذلك؟ فقال (عليه السلام): ان كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و ان كان فيه ضرر فلا «۱».

تقريب الاستدلال بها: ان المراد بالمنفعة ما يوازى عوض ما يتصرفون فيه من مال اليتيم عند دخولهم من جهة ان ما لوحظت المنفعة بالإضافة إليه هو الدخول فى بيت الأيتام و القعود على بساطهم، فما يتعقبه من العوض زيادة بالإضافة الى ذلك فتصدق عليها المنفعة، فيكون المراد بالضرر فى الذيل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازى

(۱) الوسائل- باب ۷۱- من أبواب ما يكتسب به حديث ۱.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۰۳

]...[

ذلك، فلا تنافى بين صدر الخبر و الذيل، و يكون المستفاد منه الجواز مع عدم المفسدة، و ان لم تكن مصلحة.

و فيه: ان المراد بالنفع ان كان مطلق الزيادة- بالإضافة الى ما ذكر و ان كانت اقل مما يوازيه- لزم جواز الدخول مع إعطاء اقل مما يوازيه، و هذا لا يجوز قطعا، و ان كان المراد الزيادة- بالإضافة الى مالية أموالهم خرجت صورة مساواة النفع و الضرر عن منطوق الخبر، و تعارضت فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصرى الشيخ ره.

و الحق ان يقال: ان فى مورد الخبر خصوصية ليس فيها حد الوسط بين النفع و الضرر، فانه بالتصرف فى الدار و البساط و الخادم و الطعام المخلوط بطعام صاحبه لا يلزم خسارة مالية على الأيتام، فكل ما اعطى بإزاء ذلك ان كان يوازى ذلك يعد نفعاً لهم، و ان اعطى اقل من ذلك كان ضررا- فتدبر- و لو أغمض عن ذلك و سلّم التعارض بين مفهوم الشرطيتين يحكم بالتساقط و الرجوع إلى الآية الشريفة الدالة على عدم الجواز إذا لم يكن فى التصرف مصلحة و نفع عائد الى الأيتام.

ثانيتهما: رواية على بن المغيرة: قلت لابى عبد الله (عليه السلام): ان لى ابنة اخ يتيمة فربما اهدى لها الشيء فآكل منه ثمّ أطعمها بعد ذلك الشيء من مالى فأقول يا رب هذا بذا، فقال: لا بأس.

بتقريب: ان ترك الاستفصال من مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة، و لا ريب فى ان منصرف الرواية صورة عدم النقص، فلا يرد عليه الإيراد: بان مقتضى ترك الاستفصال جواز إعطاء الأنقص، و لكن ترد عليه امور:

الأول: ان من يأكل من طعام الغير و يريد إعطاء عوضه و بنائه على عدم إعطاء الأقل لا محالة يعطى مقداراً أزيد، و فرض التساوى نادر جدا ملحق بالمعدوم.

الثانی: ان الظاهر کون الیتیمة تحت اختیاره و أمرها بیده، و حینئذ یکون عدم

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۴

[...]

التصرف فی طعامها إبقاء لمالها و تصرفا وجودیا، فالجامع بینه و بین التصرف بإزاء ما یبذل ما یساویه ذو مصلحة، فیکون جائزاً، و یتخیر بین الفردین.

الثالث: ان الظاهر کون الطعام مطبوخا، فلا محالة أکل مقدار منه و إعطاء عوضه المساوی معه فی القیمة یکون أصلح بحال الیتیمة.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار المصلحة فی التصرف فی مال الیتیم، من غیر فرق بین التصرفات الخارجیة و المعاملیة.

و الشهید قده استدل علی اعتبار المصلحة بوجوه أخر:

الأول: انه منصوب لها.

و فیه: ان هذا أول الکلام، و لعله منصوب ولیا لحفظ ماله، فیتخیر بین تبدیل ماله بما یماثله، و إبقائه علی حاله.

الثانی: أصالة بقاء الملک علی حاله.

و فیه: انه لا یرجع إلیها مع عموم دلیل الولایة.

الثالث: ان العدمیات لا تکاد تقع غایة.

و فیه: ان العدمیات و ان لم تقع غایة، بل الغایة لأبد و ان تکن امرا وجودیا، الا ان اعتبار کونه امرا وجودیا راجعا الی المولی علیه مما لم یدل علیه دلیل، مع الإغماض عما ذکرناه، فلو فرضنا انه لا مفسدة فی بیع مال الیتیم، و کانت هناک مصلحة راجعة الی نفس المتصدی للبیع جاز بمقتضی عموم ادلة الولایة، لو لا الآیة الشریفة.

و بالجملة: الکلام فی المقام انما هو فی ان البیع الذی لا مفسدة فیه إذا کان بداع عقلائی هل یکون نافذا ام لا؟.

و هل یتحری الأصلح ام یکتفی بمطلق المصلحة فیه؟ وجهان.

ظاهر الآیة الشریفة اعتبار تحری الأصلح، غایة الامر بالنسبة الی التصرفات

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۵

[...]

المتعارفة، و اما لو خرج الأصلح عن ذلک و أوجب تحریه الأصلح الحرج، أو کان خلاف المتعارف، فلا یجب.

و بهذا یندفع ما ذکره الشهید ره فی وجه عدم لزوم تحری الأصلح من ان ذلک لا یتناهی.

بقی فی المقام شیء لم ار من تعرض له، و هو: ان نظر الولی فی الحسن هل له موضوعیة ام هو طریق الی الحسن الواقعی؟ و ثمرة ذلک انه لو باع الولی و کان فی ذلک مصلحة بنظره ثمّ تبین عدم المصلحة فعلی الأول یصح البیع و علی الثانی لا یصح.

و الأظهر هو الأول، و ذلک لوجوه:

الأول: السیرة القطعیة.

الثانی: لزوم اختلال النظام من عدم الصحة فی الفرض، مثلا لو باع مال الیتیم و بعد ثلاث سنین ظهر عدم المصلحة، و من الواضح ان الحکم بالفساد فی هذا المورد و شبهه یستلزم الحرج و اختلال النظام.

الثالث: ان دلالة الآیة الشریفة- التی هی المقیدة لإطلاق ادلة الولایة علی ان التصرف غیر الأحسن إذا کان معاملیا باطل- انما تکون من جهة دلالة النهی علی الحرمة، و ان ارتکابه حینئذ موجب للفسق و مخرج له عن الولایة، و من الواضح انه إذا کان البیع بنظر الولی

صلاحا لا یکون هو موجبا للفسق، و ان لم یکن فی الواقع کذلک.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۶

]...[

بیان حقیقة المال و الملک

المقصد الرابع: فی شرائط العوضین

اشارة

. و قد ذکرنا بعضها فی الباب الأول، و کیف کان فیشترط فی کل منهما امور أخر.

الأول و الثانی: کونه مالا، و ملکا.

و تنقیح القول فی المقام بالبحث فی مقامین:

الأول: فی بیان حقیقة المال، و الملک.

الثانی: فی وجه اعتبارهما.

[بیان حقیقة المال و الملک]

اما الأول: فالمال تکون علی نحوین:

أحدهما: ما کانت مالیته ذاتیة، و هو کل ما فیه منفعة عائدة الی الإنسان، و یحتاج إلیه بحسب فطرته من المأکول و المشروب و الملبوس و ما شاکل الموجبة لحدوث رغبة الناس فیه و ادخاره للانتفاع به وقت الحاجة، و یبذلون بإزائه شیئا مما یرغبون فیه من النقود و غیرها من جهة توقف الوصول إلیه الی اعمال عمل، ففی الحقیقة یعتبر فی صدق المال علی شیء أمران:

أحدهما: کونه موضوعا لغرض، سواء کان ذلک دفع الضرورات الأولیة کالاقوات، أو العرضیة کالادویة، أو لتحصیل اللذة کالفواکه و بعض الأشربة.

ثانیهما: توقف الوصول إلیه الی اعمال عمل، و لأجل ذلک تختلف مالیة الأموال من جهة اختلاف مقدار الحاجة و العمل الذی یحتاج إلیه فی الوصول الی ذلک الشیء. مثلا الغرض المترتب علی الماء أزید بمراتب من ما یترتب علی بعض الأدویة النادرة الوجود، و لکن المال علی الشاطئ لا مالیة له، و ذلک الدواء له مالیة معتد بها. و السر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۷

]...[

فی ذلک: فقد الامر الثانی فی الأول، و لذا کلما ازداد بعدا عن الشط ازدادت مالیته.

ثانیهما: ما کانت مالیته اعتباریة و جعلیة کالنقود، و هو علی قسمین:

الأول: ما کان الاعتبار فیه عاما یشترک فیه جمیع افراد البشر بدافع من الشعور بالحاجة الاجتماعیة، و هی توقف حفظ نظام النوع علی التبادل بین الأموال و عدم إمکان التبادل بین الأموال التی مالیتها ذاتیة کالاحجار الکریمة من الذهب و الفضة و غیرهما.

و بالجملة: القسم الأول ما بنی العقلاء علی اعتبار المالیة له.

الثانی: ما کان الاعتبار فیه خاصا، و هو ایضا علی قسمین، إذ قد یکون شیء خاص تعتبر له المالیة من جانب دولة ما بالنظر الی ما بنت علیه تلک الدولة من ترتیب اثر خاص علیه کطوابع البرید، فان کل طابع له مالیة فی مملکة خاصة دون الممالک الأخر، و مالیته انما تکون بلحاظ ما بنت علیه تلک الدولة من ترتیب اثر خاص علیه و هو إیصال المکتوب الی ای محل شاء المرسل مقابل الصاق الطابع المعین به، و قد یکون الاعتبار فیه لیقوم مقام القسم الأول کالدینار العراقی و الاسکناس، و هذا القسم الأخیر لا یعتبرونه العقلاء مالًا بمجرد اعتبار المعتبر أیاً من کان، بل لأبد و ان یکون له غطاء، و یعبر عنه بغطاء العملة، و التغطیة علی وجوه، ثمّ ان حرمة المنافع کعدمها مسقطة للمال عن المالیة.

و أما الملکیة فلها اربعة مراتب:

الاولی: الملکیة الحقیقیة، و هی عبارة عن السلطنة التامة بنحو یکون زمام امر المملوک بید المالک حدوثا و بقاءً، و هی مخصوصة باللّه تعالی.

الثانیة: الملکیة الذاتیة، و المراد بالذاتی ما لا یحتاج تحققه الی امر خارجی، لا الذاتی فی باب البرهان و لا الذاتی فی باب الکلیات الخمس، و هی عبارة عن الإضافة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۸

[...]

الحاصلة بین الشخص و نفسه و عمله و ذمته، إذ الإنسان مالک لعمله و لنفسه و لذمته بالملکیة الذاتیة، و الشاهد به الضرورة و الوجدان و السیرة العقلائیة، و هذه المرتبة دون مرتبة الواجدیة الحقیقیة المختصة باللّه تعالی.

الثالثة: الملکیة المقولیة، و هی عبارة عن الهیئة الحاصلة من احاطة جسم بجسم آخر، کالهیئة الحاصلة من التعمم و التقمص و ما شاکل.

الرابعة: الملکیة الاعتباریة، و هی التی یعتبرها العقلاء أو الشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعیة الی ذلک.

و هذه المرتبة من الملکیة قد تکون اولیة، و قد تکون اضافة ثانویة. و الأولیة قد تکون اصلیة کالاضافة الحاصلة بالعمل أو بالحیازة أو بهما معا، و قد تکون تبعیة و هی ما تکون بین المالک و نتاج أمواله، و الإضافة الثانویة و المراد بها ما قابل الأولیة، و ان طرأت علی الأموال مراراً عدیدة، و هی قد تکون قهریة کالاضافة الحاصلة بسبب الإرث، و قد تکون اختیاریة کالاضافة الحاصلة من المعاملات. و لتفصیل الکلام محل آخر.

و محل الکلام فی المقام هو اعتبار الملکیة الذاتیة، أو الاعتباریة.

و أما النسبة بین المال و الملک فهی العموم من وجه، إذ الحبة من الحنطة ملک و لیست بمال، و المباحات الأصلیة قبل حیازتها أموال و لیست بملک لأحد، و قد یجتمعان و هو کثیر.

بیان الدلیل علی اعتبار المالیة و الملکیة فی العوضین

و أما المقام الثانی: فالکلام فیه فی موردین:

الأول: فی الدلیل علی اعتبار المالیة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۰۹

[...]

الثانى: فى الدليل على اعتبار الملكية.

اما المورد الأول: فقد أفاد الشيخ ره: ان ما تحقق فيه عدم المالية عرفا يشهد لعدم جواز وقوعه احد العوضين ما دل على انه لا بيع الا فى ملك «۱». و ما لم يتحقق فيه ذلك فان كان أكل المال فى مقابله اكلا للمال بالباطل فلا يجوز، و ما لم يتحقق فيه ذلك فان دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو و الا فمقتضى العمومات جواز جعله احد العوضين.

فى كلامه قده مواقع للنظر:

الأول: فى استدلاله على فساد البيع فيما تحقق فيه عدم المالية بما دل على انه لا- بيع الا فى ملك، إذ عرفت ان النسبة بين المال و الملك عموم من وجه، فعدم المالية ليس مستلزما لعدم الملكية كى يستدل بما تضمن اعتبار الملك على اعتبار المال.

الثانى: استدلاله للفساد فيما إذا لم يتحقق المالية و لا عدمها بما دل على عدم جواز أكل المال بالباطل، فان صدق أكل المال بالباطل ان كان لأجل عدم المالية فهو طريق إليه لا شىء فى مقابله، مع ان المفروض الشك فى صدق المالية، فلا محالة يشك فى صدق أكل المال بالباطل و ان كان لا لأجل ذلك فلا وجه لعده من شئون ما لم يعلم انه مال.

الثالث: فى استدلاله بالعمومات، بعد فرض عدم تحقق انه ليس بمال، و عدم احراز صدق أكل المال بالباطل، و عدم دليل خاص على عدم جواز البيع على الصحة، فانه إذا توقف صدق البيع الذى هو عنده مبادلة مال بمال على احراز كون العوضين من الأموال، فمع الشك فى ذلك يشك فى صدق الموضوع، و معه لا يبقى مورد للتمسك

---

(۱) راجع سنن الترمذى ج ۳ ص ۵۳۴ الوسائل باب ۷ من أبواب احكام العقود

]...[

بالعموم.

فالحق ان يقال: ان اعتبار المالية فى العوضين انما يكون من جهة عدم صدق عناوين المعاملات بدونها، حيث ان البيع مثلا عبارة عن الإعطاء لا مجانا، فإذا كان العوض مما لا مالية له فإعطاء المعوض إعطاء مجانا، و هكذا عنوان التجارة و العقد، و هذا هو الميزان.

ثمّ ان هاهنا فروعا:

منها: انه إذا كان للشىء منفعة نادرة هل يجوز بيعه ام لا؟.

و منها: انه إذا كان للشىء منفعة محللة نادرة و منفعته الظاهرة محرمة هل يجوز بيعه ام لا؟.

و قد تقدم الكلام فى هذه الفروع فى الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

و أما المورد الثانى: فقد استدل لاعتبار الملكية بوجوه:

الأول: النصوص الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده «۱»، و قد مر فى مبحث بيع الفضولى ان تلك النصوص معارضة بما تضمن «۲» الجواز، و بلحاظ التعارض تحمل على ارادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه، مضافا الى إمكان حملها على ارادة بيع ما لا يقدر على تسليمه. فراجع.

الثانى: النصوص الواضحة الدلالة ذكر هذا الوجه فى الجواهر.

و فيه: انه ان أريد بها نصوص بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم، و ان أريد بها غيرها فعليه التوضيح و البيان.

الثالث: ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكاً سفهى، و اكل للمال بالباطل.

---

(۱) الوسائل باب ۷ من أبواب احکام العقود

(۲) الوسائل باب ۷ من أبواب احکام العقود

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۱۱

]...[

و فیه انه إذا فرضنا تسلطه علی التصرف فیه مع عدم کونه مملوکا- کالکلی فی الذمۀ- لا یکون البیع سفهیا و لا أکلا للمال بالباطل.

الرابع: الإجماع.

و فیه: انه لعدم کونه تعبدیا لا یعتمد علیه.

و قد یقال: بعدم اعتبار الملکیۀ نظرا الی انه یجوز بیع الکلی فی الذمۀ، مع انه لیس مملوکا للبائع.

و فیه: ما مر من انه مملوک له بالملکیۀ الذاتیۀ.

و الحق ان یقال: انه لا یجوز بیع المباحات و لا مال الغیر لعدم سلطانه علی المبیع و عدم کون البائع مالکا لأمرهما. اما فی الثانی: فواضح، و اما فی المباحات: فلان المباحات الأصلیۀ متساویۀ النسبۀ الی البائع و المشتری، و لیست هی کالکلی لیتعهد به فی ذمته، و لا کالعین الشخصیۀ المضافۀ إلیه بالإضافۀ الملکیۀ لتکون له السلطنۀ علیه، فعدم جواز البیع فیهما انما هو لأجل عدم تسلطه علی المبیع و عدم کونه مالکا لأمره، لا لعدم ملکیۀ الرقبۀ.

قال الشیخ: و احترزوا به ایضا عن الأرض المفتوحۀ عنوۀ ... إلخ.

الکلام فی ان الأرض المفتوحۀ عنوۀ هل هی ملک للمسلمین، ام لیست کذلک قد مر فی کتاب الجهاد، و لکن بناء علی کونها ملکا لهم لا یکفی مجرد التقیید بالملک فی خروجها، بل لأبد من اضافۀ خصوصیۀ الی الملکیۀ کی یصح الاحتراز بواسطۀ تلک الخصوصیۀ.

و علی القول بأنها ملک یقع الکلام فی تطبیق ملکیتها علی سائر أنحاء الملکیۀ لا إشکال فی انها لیست ملکا طلقا لجمیع المسلمین، و الا لزم الانتقال بالإرث، مع ان القوم غیر ملتزمین بذلک. و لزم عدم تسلط غیر الملاک علی التصرف فیها کما هو مقتضی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۱۲

]...[

الناس مسلطون علی أموالهم «۱»، مع ان أمرها بید ولی الامر و لا لنوع المسلمین، فانه و ان لم یرد علیه المحذوران المتقدمان- إذ لا تعین للمیت حتی یرثه وارثه و لا تعین للمالک فلا محالۀ تکون الولایۀ لولی الامر القابض علی هذه الأرض- الا انه یرد علیه: ان لازمه جواز إعطاء ولی الامر عین هذه الأرض لأحد من المسلمین من دون مصلحۀ، و لا وقفا لهم، و الا لزم عدم جواز بیعها الا فی موارد مخصوصۀ منصوصۀ لا لما یراه ولی الامر من المصلحۀ، بل هی ملک لنوع المسلمین، و جعل أمرها عینا و منفعۀ الی ولی الامر مع رعایۀ مصلحۀ النوع.

اعتبار کون ملک کل من العوضین طلقا

اشارة

و قد ذکر المصنف ره و المحقق ممن تأخر عنهما فی شروط العوضین بعد الملکیة: کونه طلقا، و أبدله فی محکی القواعد بکونه تاما. و فرعوا علی ذلک عدم جواز بیع الوقف الا فیما استثنی، و لا الرهن الا باذن المرتهن أو اجازته.

و تنقیح القول بالبحث فی المراد من الطلقیة، ثمّ فی مسألة بیع الوقف و بیع الرهن.

اما الأول: فالمراد من الطلقیة ان لا یکون فی المبیع مانع عن التصرف، لأنها من الإطلاق.

توضیح ذلک: ان عدم السلطنة علی التصرف فی الشیء ربما یکون لخلل فی المتصرف، اما لعدم المقتضی کما إذا لم یکن ملکا له، أو لمانع کما إذا کان المالک محجورا

---

(۱) البحار ج ۱ ص ۱۵۴ الطبع القدیم ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

[...]

عن التصرف لفلس و نحوه، و ربما یکون لخلل فی ما یتصرف فیه، و ذلک ایضا قد یکون لعدم المقتضی کما إذا لم یکن مالا، و قد یکون للمانع کما إذا کان وقفا أو رهنا. و عدم ملک التصرف من الناحیة الاولی لرجوعه الی المتصرف ذکر فی شروط المتعاقدین، و عدم الملک من الناحیة الثانیة لرجوعه الی المتصرف فیه ذکر فی شروط العوضین، فملکیة الشیء ربما تکون محفوفة بالوقفیة أو الرهنیة أو غیرهما من الموانع، و ربما تکون مطلقة، و قد انعقد هذا البحث لاعتبار کونها مطلقة و غیر محفوفة بشیء من الموانع، و من الواضح ان هذا المعنی غیر کون البائع مستقلا بنقله و نقله ماضیاً فیه. فلا یرد علیهم ما اورده الشیخ ره علیهم: بان مرجع هذا الشرط الی ان من شرط البیع ان یکون متعلقه مما یصح للمالک بیعه مستقلا.

و هل یکون هذا شرطا خاصا واحداً معتبراً فی البیع و یترتب علیه عدم جواز بیع الوقف و الرهن و نحوهما، ام هو عنوان انتزاعی مما هو مانع لا انه بنفسه مانع فیتفرع هذا العنوان علی مانعیة تلک الخصوصیات تفرع الامر الانتزاعی علی منشأ انتزاعه؟ وجهان.

مختار الشیخ ره هو الثانی، و عن المحقق الخراسانی ره: اختیار الأول، و استدل له: بان المبرهن فی محله ان الواحد لا یصدر الا عن الواحد، فإذا کان الاثر واحداً کشف ذلک عن وحدة المؤثر، فان کان المؤثر بحسب الصورة متعدداً لأبد من البناء علی ان المؤثر هو الجامع بینها، ففی المقام لأبد من البناء علی ان المؤثر هو الجامع بین الاعدام الخاصة و ان المانع هو الجامع بین تلک الموانع.

و فیه: ان هذا البرهان لو تم و کان جاریا فی الاحکام الشرعیة- من جهة انه و ان لم یکن فیها تأثیر و تأثر، و ان مقتضی الجعل ارادة الجاعل، الا انه بلحاظ المصالح و الملاکات یجری فیها هذا البرهان، فان المولی الحکیم إذا لم یکن شیء دخیلا فی

[...]

الملاک لما کان آخذاً ایاه فی الموضوع فإنما هو فی خصوص المقتضی الذی یترشح منه المقتضی، و لا یتم فی الشرائط الدخیلة فی فعلیة الاثر من المؤثر و الموانع، و لذا لم یتوهم احد رجوع شرائط الصلاة الی شرط واحد، فلا بد من تعیین احد الوجهین من الرجوع الی الادلة اللفظیة، و هی تتضمن مانعیة کل عنوان خاص و اشتراط عدمه، و لیس فی الادلة ما یتضمن اعتبار کون الملک طلقا، و علیه فالأظهر هو الثانی.

و لا یخفی ان اکثر من تعرض لذلک لم یذکروا من الحقوق المانعة سوی الوقفیة و الرهنیة و أم الولدیة مع انها اکثر من هذه الثلاثة، و قد أنهاها بعض الأساطین الی أزید من عشرین، و لکنّا فی المقام نقتصر علی ما اقتصر علیه الأصحاب مع إلغاء بحث ام الولد لعدم

الموضوع لها. فالکلام فی مسألتین.

بیع الوقف

[عدم جواز بیع الوقف فی الجملة]

الاولی: لا یجوز بیع الوقف اجماعاً محققا فی الجملة و محکیاً.

حق القول فی المقام یقتضی البحث فی موردین:

الاولی: فی اقتضاء حقیقة الوقف بذاتها أو بلازمها لعدم جواز البیع.

الثانی: فی الادلة الخاصة.

اما المورد الأول: فالوقف لغة: هو إیقاف الشیء و حبسه المساوق للسکون فی قبال الجریان فی التقلبیات و لیس له فی الاصطلاح معنی آخر، بل ذکروا فی حقیقته انه تحبیس الأصل و تسبیل المنفعة.

و فی النبوی: انه حبس الأصل و سبل الثمرة «۱». و المراد من التحبیس: اما

(۱) المستدرک باب ۲ من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۱۵

[...]

الممنوعیة عن التصرفات کما عن کاشف الغطاء و صاحب الجواهر، أو قصر الملک علی شخص أو جهة مثلا بحیث لا یتعداهما، و علی التقدیرین یثبت المطلوب، اما علی الأول: فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعیة من التصرف، و مقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف. و به یظهر وجه ما افاده صاحب الجواهر ره من: ان الوقف ما دام وقفاً لا یجوز بیعه، بل لعل جواز بیعه مع کونه وقفا من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه جواز بیعه. انتهی.

و أما علی الثانی: فلان حقیقة الملک لا تختلف فی الوقف و غیره، فحیثیة عدم التعدی عن موضوعه راجعة الی عدم نفوذ التصرف فیه شرعا بالانتقال من موضوعه.

و أما المورد الثانی: فقد استدل لعدم جواز بیع الوقف بوجوه:

الأول: عموم قوله (علیه السلام): الوقوف یکون علی حسب ما یوقفها أهلها. ففی مکاتبة الصفار الی ابی محمد الحسن بن علی علیهما السلام فی الوقف و ما روی فیه عن آبائه علیهم السلام فوقع (علیه السلام): الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها أهلها ان شاء اللّه تعالی «۱». و فی اخری: الوقوف علی حسب ما یقفها أهلها ان شاء اللّه «۲». و قد استدل به الشیخ ره.

و فیه: ان الظاهر منه ارادة لزوم العمل بالوقف علی الکیفیة التی قررها الواقف من القیود و الشروط من الموقوف علیه و العین الموقوفة و صرف المنافع، و لیس المراد به ان الوقوف یجب إبقائها، و علیه فان کان عدم البیع مأخوذا فی حقیقة الوقف فلا وجه للاقتصار علی هذا الخبر، بل کان الاولی ان یتمسک أولا بالعمومات الأولیة من قبیل

(۱) الوسائل باب ۲ من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۲ من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۲.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج‌۱۶، ص: ۲۱۶

[...]

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره و ان لم يكن ماخوذا فيها كما هو مسلك الشيخ ره على ما يصرح به فى الصورة الاولى من صور جواز بيع الوقف. فهذا الخبر لا يدل على ترتبه على الوقف.

الثانى: خبر ابى على بن راشد قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) قلت: جعلت فداك اشتريت أرضا الى جنب ضيعتى بألفى درهم فلما وفّرت المال خبرت ان الأرض وقف فقال (عليه السلام): لا يجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغلة فى ملكك، ادفعها الى من أوقفت عليه، قلت: لا اعرف لها ربا قال (عليه السلام): تصدق بغلتها «۱».

و هذا الخبر مروى فى الكافى و الفقيه، و هو فى الأول مجهول، و فى الثانى صحيح، فلا خدشة فيه سندا. و اما من حيث الدلالة فقد يقال: انه يدل- بقرينة ذيله- على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه، و هذا مما لا كلام فيه، انما الكلام فى الشراء من الموقوف عليه.

و لكن يرد عليه: أن الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفا لا صدور البيع من غير اهله، مع ان ترك الاستفصال فى الصدر فى مقام الجواب كاف فى إطلاق المنع، إذ السؤال لم يكن مقيداً فى الصدر و انما قيده بعد جوابه (عليه السلام)، فجوابه مطلق. فهذا الخبر من ادلة عدم جواز بيع الوقف.

الثالث: ما روى فى صدقات امير المؤمنين (عليه السلام) من قوله: هذا ما تصدّق به على بن أبى طالب و هو حى سوى تصدّق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله تعالى الذى يرث السماوات و الأرض «۲». بدعوى: ان

(۱) الوسائل باب ۶ من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ۱.

(۲) الوسائل باب ۶ من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ۴.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج‌۱۶، ص: ۲۱۷

[...]

الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها.

أقول: الذى يظهر من كلمات الشيخ ره و غيره ابتناء الاستدلال به على ذلك، و ان الامر يدور بين كون الوصف صفة لنوع الصدقة أو لشخصها.

و حق القول فى المقام ان يقال: انها ليست صفة لنوع الصدقة، لأنها عبارة عن التمليك المتقرّب به الى اللّه تعالى، و لها نوعان:

أحدهما: ما هو قسيم للوقف، و هو يمتاز عن الوقف بفصل عدمي و هو عدم كونه بحيث لا يباع و لا يوهب.

ثانيهما: الوقف، و هو ما يكون متفصلا بكونه بحيث لا يباع و لا يوهب.

و عليه فالصدقة بمنزلة الجنس، و بأحد الفصلين تصير وقفا، و بالآخر صدقة خاصة. فقوله (عليه السلام) لا تباع و لا توهب ليس وصفا لنوع الصدقة قطعا. اللهم الا ان يقال: ان مرادهم من صفة نوع الصدقة كونه وصفا لنوع من الصدقة، فلا يرد عليهم هذا الإيراد.

ثمّ ان مرادهم من كونه وصفا للنوع أعم من كونه فصلا مقوما للنوع و كونه لازما للوقف، فلا يرد على الشيخ ره التهافت فى كلماته، حيث استظهر فى المقام كونه صفة لنوع الصدقة، و يصرح فيما بعد من عدم كون المنع من الانتقال مأخوذا فى حقيقة الوقف كما لا يخفى.

ثمّ ان المراد من كونه وصفاً للشخص كونه وصفاً له بنحو الاشتراط، إذ لو لم يكن ذلك فصلا أو لازما للنوع يمتنع كونه مقوما للشخص بما انه فرد لهذا النوع، و ليست هذه الحيثية من مشخصات الفرد فيتعين جعله مشخصا بنحو الاشتراط و الالتزام، فالأمر يدور بين كونه وصفا للنوع و كونه وصفا للشخص بنحو الاشتراط.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: ان الظاهر من قوله (عليه السلام) لا تباع كونه بنفسه وصفا للصدقة

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۱۸

[...]

لا التزاما و جعلا.

الثانى: انه لو كان شرطا و التزاما فى ضمن التزام كان المتعين عدم ذكره الا بعد تحقق الالتزام الأول بما له من الاركان التى منها الموقوف عليه، و ان الالتزام يكون على الموقوف عليه، فلا معنى لذكره قبل ذكره.

الثالث: ان الظاهر من صورة الوقف انه فى مقام إنشاء الوقف كتبيا مطابقا للإنشاء اللفظى الذى أنشأه فى الخارج، و إذا لم يكن عدم جواز البيع من لوازم الوقف و كان شرطا خارجيا لما صح الإنشاء لما عرفت من ان الصدقة بمنزلة الجنس للوقف.

الرابع: انه لو كان شرطا كان يصدر الوصف بكلمة على أو نحو تلك، فيكون وصفا للنوع، و لكن لا يدل على انحصار حقيقة الوقف فى هذا النوع الخاص، فلعل له نوعين أحدهما: المتقوم بهذه الحيثية، ثانيهما: غير المتقوم بها. فمع فرض كونه وصفا للنوع لا يدل على المطلوب، اللهم الا ان يضم عدم الفصل بين أقسام الوقف، و لا بأس به.

و ذكر الشيخ من مرجحات كونه وصفا للنوع ما حاصله: انه لو كان شرطا كان إطلاقه مخالفا للمشروع للجواز فى بعض الأحيان فكان فاسدا بل مفسدا، و الظاهر ان الفرق بين الجواز الثابت فى موارد الاستثناء، و الجواز الذى يكون فى مطلق الوقف على القول به- حيث انه لم يستشكل فى الشرط من الناحية الثانية و استشكل فيه من الناحية الاولى- ان الجواز فى موارد الاستثناء يكون عن اقتضاء للجواز بخلاف الجواز فى مطلق الوقف، فانه يكون عن عدم ما يقتضى للمنع، فشرط خلاف الأول مخالف للمشروع دون شرط خلاف الثانى فتأمل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۱۹

[...]

و يرد عليه: ان الشرط ان كان عدم جواز البيع كان مخالفا للمشروع على جميع التقادير، و ان كان عدم الفعل لم يكن مخالفا له، فان شرط عدم فعل ما هو جائز ليس مخالفا للكتاب و السّنة.

و ربما يذكر من مرجحات كونه شرطا خارجيا ما محصله: انه لو كان شرطا يمكن حفظ إطلاقه من جهة علمه (عليه السلام) بعدم طروء المسوغات المنافية للاشتراط، و لو كان صفة للنوع لم تجد هذه الجهة، إذ علمه (عليه السلام) بان شخص هذه الصدقة لا يطرأ عليه المسوغ لا يجوز توصيف الطبيعى بوصف يختص بهذا الشخص.

ذكر الشيخ ره تبعاً لبعض الأساطين: ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة: حق الواقف، حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق، و التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات.

فلا بد لنا من تحقيق حال الموانع الثلاثة فنقول: اما كونه متعلقا لحق الواقف، فتقريبه: ان الواقف بجعل العين وقفا يجعلها صدقة جارية ينتفع انتفاعا أخرويا بانتفاع الموقوف عليهم، و البيع يوجب انقطاع تلك المثوبات لانقطاع الانتفاعات.

و فیه: ان مجرد انتفاع الواقف أخرویا بعد خروج الملک عن ملکه لا یصلح مانعا عن البیع، فان هذا لا یوجب حدوث حق اعتباری فی العین مانع عن بیعها، و تفویت الغرض لیس کتفویت الحق مانعا عن البیع، مع ان متعلق البیع نفس العین، و المثوبات انما تکون بإزاء الانتفاعات، فلا مانع من بیع العین و بقاء حق الموقوف علیهم فی استیفاء المنافع الموجب لانتفاع الواقف متعلقا بها. فتأمل.

لا ـ یقال: ان المراد ان هذا غرض معاملی للواقف، حیث انه أنشأ الوقف بابقاء العین و تسبیل المنفعة و قد أمضی الشارع هذا المعنی بقوله: الوقوف علی حسب ما

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۲۰

[...]

یقفها أهلها.

فانه یقال: ان المانع عن البیع علی هذا هو حقیقة الوقف لمنافاتها مع جواز البیع لا حق الواقف.

و أما کون العین مورداً لحق اللّه سبحانه، فتقریبه: ان الوقف صدقة فی سبیله تعالی و هی له، و بهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص کالخمس.

و فیه: ان غایة ما هناک تقرب الواقف بالعمل، و إعطائه تعالی الثواب جزاء للصدقة الجاریة، و هما متحققان فی جمیع العبادات، و لا یوجبان صیرورة العین متعلقة لحق مقابل للحکم.

و أما کون العین مورداً لحق البطون اللاحقة، فتقریبه: ان الواقف جعل الوقف ملکا لهم بعد وجودهم، فلهم قبل ذلک حق متعلق بالعین، و هو یمنع عن البیع.

و فیه: ان ما یثبت للبطون اللاحقة لا ـ محالة یکون بإنشاء الواقف، و من الواضح انه انما أنشأ الملکیة خاصة، فلیس هناک امر آخر اعتباری یعبر عنه بالحق یمنع عن البیع. و اما الملکیة فحیث انها تثبت لهم بعد وجودهم، فقبله لا تکون العین مورداً للملکیة لهم، فلا مانع من البیع من هذه الجهة.

نعم یمکن ان یذکر وجه آخر للمنع، و هو: ان البطن الموجود انما یملک العین بالملکیة المحدودة لا ـ المرسلة، فان تلک کانت للواقف، و قد قسّمها علی البطون، فکل بطن تملک العین فی مدة محدودة، و البیع هو التملیک مرسلا مطلقا، فالمالک بالملکیة المحدودة لیس له البیع.

و قد وقع النزاع بین صاحب الجواهر ره و شیخه، و بین الشیخ ره، فقد ذهب الأولان الی ان الوقف یبطل بنفس جواز البیع، و خالفهما الشیخ ره و ذهب الی بقائه ما لم یتحقق البیع، و به یبطل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۲۱

[...]

و قد یقال: انه لا ثمرة لهذا النزاع، فانه قبل طروء المسوغ لا یجوز البیع و بعده یصح، و لکن إذا طرأ المسوغ و لم یبع ثمّ ارتفع السبب المجوز علی القول بارتفاع صفة الوقفیة لا مورد لتوهم ارتفاع الجواز، فان الوقف لا یعود بارتفاعه و اما علی القول ببقائها یمکن القول بارتفاع الجواز لدورانه مدار السبب المسوغ اللهم الا ان یقال: ان دلیل عدم جواز بیع الوقف حیث لا عموم ازمانی له فبعد خروج قطعة من الزمان عنه یکون المحکم بعد تلک استصحاب الجواز لا إطلاق دلیل المنع، فلا تکون هذه ثمرة. فتأمل، فان هذا لا یتم علی ما سلکناه من عدم جریان الاستصحاب فی الاحکام.

و کیف کان: فقد عرفت ان ما اختاره صاحب الجواهر اقوی.

الوقف قد یکون تملیکا و قد یکون فکا

إذا عرفت ان مقتضی العمومات فی الوقف عدم جواز البیع فاعلم: ان لأصحابنا فی الخروج عن عموم المنع فی الجملة أقوالا.
و لا یخفی ان استفادة الاتفاق من الأصحاب و لو فی مورد خاص مشکل لاختلاف کلماتهم فی اصل الخروج عن المنع و فی موارده، و کلماتهم لا تخلو من الاشکال و التشویش، و قد بذل جمع- منهم الشیخ ره- جهدهم فی استقصائها، شکر الله مساعیهم، و لا یهمّنا نقلها و تحقیق ما یظهر منها، انما المهم بیان ما یستفاد من الادلة، و الکلام یقع تارة، فی الوقف المؤبد، و اخری: فی المنقطع.
اما الأول: ففی المکاسب: ان الوقف علی قسمین: أحدهما: ما یکون ملکا للموقوف علیهم، و الثانی: ما لا یکون ملکا لأحد، بل یکون فک ملک نظیر التحریر...
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۲۲
[...]

إلخ.
تنقیح القول فی المقام: ان الکلام یقع أولا: فی انه هل یخرج الملک عن ملک الواقف ام لا؟ ثمّ فی انه علی فرض الخروج هل یدخل فی ملک الموقوف علیه خاصا أو عاما أو لا، ام یفصل بین العام و الخاص؟.
اما الموضع الأول: فقد استدل لعدم الخروج الذی ذهب إلیه أبو الصلاح: بقوله صلّی اللّه علیه و آله: حبس الأصل و سبل الثمرة «۱». و بقول الفقهاء: انه تحبیس الأصل و تسبیل الثمرة. بتقریب: ان الظاهر من الحبس إبقائه علی حاله و ملک مالکه.
و فیه: ان الظاهر من الحبس بقرینة تسبیل المنفعة- الحبس علی الموقوف علیه، کما ان التسبیل له لا الحبس علی الواقف.
و قد استدل للخروج عن ملکه بوجوه بیّنة الفساد، و الصحیح ان یستدل له: بان الملکیة من الاعتبارات، و الاعتبار لأبد و ان یکون بلحاظ الإثار، فالاعتبار الذی لا یترتب علیه اثر لغو لا یصدر من العقلاء و الشارع، و حیث ان اعتبار کون المال ملکا للواقف مع کونه ممنوعا من التصرفات و رجوع منافعه الی الموقوف علیه لغو و بلا اثر، فلا یصدر من العقلاء و الشارع، فلا محالة بالوقف یخرج عن ملکه.
و یمکن ان یستدل له بما اشتمل من النصوص «۲» علی کیفیة الوقوف و صدقات المعصومین علیهم السلام من قولهم بتا بتلا- ای منقطعا عن الواقف و مبانا عنه، لان البت و البتل بمعنی القطع.
و أما الموضع الثانی: فعن الأکثر- بل المشهور-: انتقاله الی الموقوف علیه،

---

(۱) المستدرک باب ۲ من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۱.
(۲) الوسائل- باب ۶ و ۱۰- من أبواب الوقوف و الصدقات.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۲۳
[...]

و نقل الحلی عن بعضهم: اختیار انتقاله الی اللّه تعالی، و عن المبسوط: نسبته الی قوم، و عن الشهید الثانی فی المسالک، و العلّامة فی القواعد: التفصیل بین العام و الخاص.
و قد استدل لصیرورته ملکا للموقوف علیه بوجوه:

الأول: ان المتلف للعين الموقوفة يكون ضامنا للموقوف عليه، فلو لم يكن ملكا له لما كان وجه للضمان.

و فيه: انه يكفى فى الحكم بالضمان إضافتها إليه و لو بكونها محبوسة عليه لينتفع بها، فيكون البدل كالمبدل مورداً و مصرفا لانتفاعه به.

الثانى: ان فائدة الملك- و هى استحقاق النماءات و المنافع- تكون له، فيكشف ذلك عن ملك العين.

و فيه: ان ملكية المنافع و النماءات ان لم يتعلق بها إنشاء مستقل كانت تابعة لملكية العين، و اما إذا تعلق الإنشاء بها مستقلا- كما فى باب الإجارة- فلا تكشف عن ملكية العين، و المقام من هذا القبيل، فان الوقف تسبيل المنافع بالاستقلال.

الثالث: ان الوقف من أركانه الموقوف عليه، اما خاصا أو عاما، و لو كان مجرد فك الملك لما احتاج إليه.

و فيه: ان الاحتياج إليه انما هو من جهة كونه مالكا للمنافع أو الانتفاع لا من حيث كونه فكاً للملك.

الرابع: ان الوقف لو كان فكاً لا تمليكا لما احتاج الى القبول كالعتق، مع انه يتوقف عليه.

و فيه: ان الاحتياج الى القبول انما هو من جهة كون الموقوف موردا و مصرفا للنماءات و الانتفاعات.

و استدل للقول بانتقاله الى الله تعالى: بان الوقف ازالة الملك عن المالك على

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۲۴

[...]

وجه القربة، فيكون منتقلا الى اللّه تعالى، و هو كما ترى.

و استدل للقول الثالث: فى الخاص بما تقدم، و فى العام و الجهات بتساوى نسبة كل واحد من المستحقين، و استحالة ملك كل واحد أو واحد معين أو غير معين للإجماع، و استحالة الترجيح و لا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر به، فيتعين ان يكون للّه.

و فيه: أولا: انه لا مانع من الالتزام بانه مال لا مالك له.

و ثانيا: انه يمكن الالتزام بكون المالك هو الكلى كما فى الخمس و الزكاة.

و الحق ان يقال: ان الوقف على اقسام:

أحدها: ما يملك الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة، فيجوز له نقلها باجارتها و نحوها كالاوقاف الخاصة أو ما يشبهها من الأوقاف العامة كالبستان الموقوف على الطلاب.

ثانيها: ما يملك الموقوف عليه الانتفاع بها و لا يملك المنفعة، كان ملك الانتفاع بإنشاء الواقف كالمدارس و الخانات، أو بحكم من الشارع كالمسجد، فانه لم يقصد به الا ـ جعله مسجداً، و قد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون ان يجعله الواقف وقفا على المصلين.

ثالثها: ما لا يترتب عليه ملك المنفعة و لا الانتفاع، كما فى المعلقات الموقوفة على الروضات و المشاهد المقدسة.

اما فى الأخيرين: فالأظهر عدم الملك، فانه من عدم ملكية المنفعة يستكشف عدم ملكية العين، إذ لو كانت العين ملكا كانت المنفعة ايضا ملكا.

و أما فى الأول: فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه، للتعبير عن ذلك فى النصوص بالصدقة التى هى الإعطاء مجانا بقصد القربة، سيما و فى بعضها مثل ما

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۲۵

[...]

تضمن «۱» صدقة الامام الکاظم (علیه السلام) نسبتها الی جمیع حقه من الأرض الموقوفة، فانه لا ینبغی التوقف فی استفادة الملک من ذلک کما لا یخفی.

بیع الوقف مع عدم کونه ملکا

إذا عرفت ان للوقف قسمین: أحدهما: ما یکون ملکا للموقوف علیهم، و ثانیهما: ما لا یکون ملکا لهم بل هو فک و تحریر، فاعلم: انه یقع الکلام فی مقامین:

الأول: فی بیع ما لا یکون ملکاً فی الموارد التی لو کانت ملکا کان یجوز بیعها، و التی سیأتی ذکرها فی المقام الثانی.

الثانی: فی ما یکون ملکا لهم.

اما المقام الأول: فقد قال الشیخ ره: و اما الثانی فالظاهر عدم الخلاف فی عدم جواز بیعه لعدم الملک ... إلخ.

الکلام فی هذا المقام یقع فی موارد:

أحدها: فی حکم الأوقاف العامة غیر المسجد کالخانات و المدارس و نحوهما.

ثانیها: فی حکم المسجد.

ثالثها: فی اجزاء المسجد.

رابعها: فی ثوب الکعبة.

اما المورد الأول: فان قلنا بانه یعتبر فی البیع کون العوضین مملوکین للمتعاقدین قبل البیع، لم یصح بیعها بوجه لعدم الملک، و لا إجارتها لعدم ملک المنفعة

(۱) الوسائل باب ۱۰- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۵.

[...]

علی الفرض. فما عن بعضهم من جواز الإجارة حتی فی مثل المسجد إذا خرب لا ینطبق علی هذا المبنی، و اما علی المختار من عدم اعتبار ذلک و انه یکفی کونه مالکا للبیع و مسلطا علی التملیک- کما فی بیع الکلی فی الذمة و اجارة الحر نفسه- فلا اشکال فی جواز البیع، إذ کما یقال فی الوقف الخاص: ان العین بشخصها محبوسة ما دام الی ذلک سبیل و الا- فهی محبوسة بمالیتها دون شخصها فتتبدل بعین اخری تجعل مکانها کذلک یقال فی الوقف العام ان العین محبوسة بشخصها ما دام یمکن الانتفاع بها، و الا فهی محبوسة بمالیتها و مطلقة من جهة شخصیتها بلا تفاوت بینهما أصلا.

و بما ذکرناه یظهر حال الإجارة، و انها تصح، بل هی اولی بذلک من البیع، فان فیها الحفظ علی محبوسیة العین بما لها من الشخصیة.

کما انه ظهر حکم حصیر المسجد، فانه کسائر الأوقاف العامة، و لا یتوقف جواز بیعه علی کونه ملکا للمسلمین کما افاده الشیخ ره.

کما انه ظهر حکم الأوقاف العامة التی لیست لأجل انتفاع المسلمین بل لغرض آخر کالتزیین، فإنها و ان لم تکن مملوکة لأحد لعدم الدلیل الا انه یجوز بیعها فی موارد جواز البیع لو کانت مملوکة.

و أما المورد الثانی: فملخص القول فیه: ان للمسجد- مع قطع النظر عن کونه من الأوقاف العامة و یجوز انتفاع المسلمین به فی الصلاة و غیرها- حیثیة اخری، و هی الحیثیة المسجدیة و احکام خاصة من حرمة تنجیسه و وجوب ازالة النجاسة عنه و نحوهما، و هذه

الحیثیۀ- ای حیثیۀ کون الأرض بیت اللّه- قائمۀ بشخص هذه الأرض لا بما لها من المالیۀ، و هذه الحیثیۀ تمنع عن بیعه. و اما إجارته فبما انها لا تنافی هذه الحیثیۀ، و من حیث انه وقف عام ایضا لا مانع لفرض کون المورد من موارد الجواز، فلا محذور فیها. و بذلک ظهر تمامیۀ ما افاده کاشف الغطاء ره.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۲۷

[...]

و اما المورد الثالث: فالظاهر ان حالها حال المسجد، فإنها من اجزائه، و تجمعها و العرصۀ صیغۀ واحدۀ، و بناء الأصحاب علی ترتب احکام المسجد علیها من حرمۀ التنجیس و وجوب ازالۀ النجاسۀ و غیرهما ما لم یصرح بعدم دخولها فی المسجد، و علیه فلا یجوز بیعها بوجه. فان أمکن الانتفاع بها فی ذلک المسجد، و الا ینتفع بها فی مسجد آخر، و ان لم یمکن صرفت فی سائر مصالح المسلمین.

و ما عن کاشف الغطاء من ان لکل احد حیازتها و تملکها- من جهۀ ان للموقوف علیهم الانتفاع بها و منها التملک بالحیازۀ- ضعیف لما عرفت من عدم قابلیۀ المسجد لذلک. کما ان ما عن جماعۀ من الفرق بین عرصۀ المسجد و بنیانه، فی غیر محله.

و أما المورد الرابع: فقد دلت النصوص «۱» علی جواز بیع ثوب الکعبۀ علی النحو المرسوم من البیع بعد سنۀ، و لا یهمّنا البحث فی تطبیقها علی القواعد.

و ما افاده المحقق الإیروانی ره من: ان عنوانه لیس عنوان الوقف بل هو مبذول کسوۀ للکعبۀ علی النهج المتعارف الذی یباع بعد مدۀ معینۀ ثمّ یصرف ثمنه فی الخدمۀ، فالعین باقیۀ علی ملک مالکها و قد اذن فی التصرف کذلک، غیر تام، فان لازمه عدم جواز البیع لو رجع صاحبه عن اذنه أو مات و انتقل الی ورّاثه و لم یرضوا به أو کان فیهم صغیر.

و ما افاده المحقق الأصفهانی ره من: أنّه لیس حبسا مؤبدا مع وضوح ان المرسوم فی ثوب الکعبۀ تجدیده فی کل عام، بلا لا قصد لمعطیه الا تزیین الکعبۀ مدۀ ثمّ یکون لقیّم البیت و سدنته أو لعامۀ المسلمین، اقرب الی الصواب.

---

(۱) الوسائل باب ۲۶- من أبواب مقدمات الطواف کتاب الحج.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۲۸

[...]

و لو أتلف شیئا من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف ففی الضمان وجهان.

قد استدل لعدم شمول علی الید «۱» له بوجوه: الأول: ما فی المکاسب، و هو: ان ما یطلب بقیمته یطلب بمنافعه، و المفروض عدم المطالبۀ بأجرۀ منافع هذه لو استوفاها ظالم.

و فیه: ان هذه الملازمۀ لم یدل علیها دلیل، بل لا ملازمۀ، فان المنافع الفائتۀ تحت الید علی قول مشهور غیر مضمونۀ، مع ان العین التالفۀ تحت الید مضمونۀ.

الثانی: ما فی المکاسب ایضا، و هو: ان الظاهر من التأدیۀ الإیصال الی المالک، فیختص بأملاک الناس.

و فیه: ان الظاهر منها التأدیۀ الی اهله کان هو مالکا أو موردا للانتفاع به.

الثالث: ان الضمان انما هو بمعنی اشتغال الذمۀ بالبدل، فلا بد و ان یفرض شخص مالکا لیکون هو من له الذمۀ، و مع عدمه لا معنی لاشتغال الذمۀ.

و فیه: أولا: معنی الضمان کون العین فی العهدة و اثرها وجوب رد العین، و مع تلفها رد بدلها، و القائم مقامها ملکا أو مورداً للانتفاع.
و ثانیا: انه لا مانع من اعتبار کون الکلی فی الذمة الذی هو مورد لملک الانتفاع، فمعنی ضمانه للموقوف علیه اشتغال ذمته بکلی البدل الذی هو مورد لسلطنتهم علی الانتفاع، و التقوم بمن له الذمة یکفی فیه هذا المقدار، فالأظهر هو الضمان بالاتلاف أو التلف.

---

(١) راجع ص ٣۶۵.

[...]

صور بیع الوقف

اشارة

- الصورة الاولی و قد اتفقت کلماتهم علی جواز بیع الوقف فی موارد، فلا بد من البحث فیها. و تنقیح القول فیه بالبحث فی صور المسألة.

الاولی: ان یخرب الوقف بحیث لا یمکن الانتفاع به.

اشارة

و قد استدل الشیخ ره لجواز البیع فی هذه الصورة بطریقین:
الأول: ان المقتضی موجود و المانع مفقود.
الثانی: الاستدلال و اقامة الدلیل علی الجواز.
اما الأول: فبتقریب: ان المقتضی للجواز و هو الملک موجود، فیعمه المقتضی فی مقام الاثبات و هو ادلة نفوذ البیع و المانع مفقود- بالتفصیل الذی سیمر علیک- فلا بد من البناء علی الجواز.
و اورد علیه: بان الوقف بذاته مناف لجواز البیع فلا یعقل ارتفاع المانع الا ببطلان الوقفیة، و هو خلاف الفرض، إذ المفروض جواز بیع الوقف و تبدیله و سرایة الوقفیة الی بدله.
و لکن یدفعه: ان الشیخ ره لا یسلّم المبنی، مع انه علی هذا المبنی ایضا یمکن ان یقال بعدم المنافاة کما سیمر علیک.
و قد ذکر فی وجه عدم جریان ادلة المنع: ان ادلة المنع ثلاثة: الإجماع، و قوله (علیه السلام): لا یجوز شراء الوقف «١». و قوله (علیه السلام): الوقوف علی حسب ما

---

(١) الوسائل- باب ۶- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ١.

[...]

یقفها أهلها ان شاء اللّه «١».

و شیء منها لا ـ یجری فی المقام، اما الإجماع: فواضح. و اما الثانی: فلانصرافه الی غیر هذه الحالة. و اما الثالث: فلانه مسوق لبیان وجوب مراعاة الکیفیة المرسومة فی إنشاء الوقف و لیس عدم البیع منها.

مع انه لو سلّم أخذ إبقاء العین فی الوقف فحیث ان الوقف تحبیس العین و تسبیل الثمرة، فهو یختص بصورة إمکان الانتفاع، فکما انه فی أول الامر مع عدم وجود الثمرة لا یتحقق الوقف، کذلک یتوقف بقائه علی استدامة ذلک، فبنفاد الثمرة یبطل الوقف.

و لکن: یرد علی ما ذکره من الانصراف: ان الانصراف الناشئ عن قلة وجود الفرد لا یصلح لتقیید الإطلاق، مع ان کل عین موقوفة مآلها الی الخراب بحسب العادة، فلیست حالة الخراب قلیلة بالإضافة الی حالة العمارة.

و أما الإیراد علیه: بان مورده الأرض الخربة لقوله: فلما عمرتها ... إلخ فکیف یدعی الانصراف؟ فیمکن الجواب عنه: بان المدار علی عدم إمکان الانتفاع لا علی صدق الخراب، و ارض الزراعة انما لا یمکن الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها و نحوه لا بعدم کونها مشغولة بالزراعة.

و یرد علی الوجه الأول الذی ذکره فی قوله (علیه السلام): الوقوف علی حسب ... إلخ: ان هذا ینافی استدلاله قده بهذا الخبر علی عدم جواز البیع، مضافا الی فساد ذلک لما عرفت من ان عدم جواز البیع لیس حکما شرعیا محضا مترتبا علی الوقف، بل عدم البیع مأخوذ فی حقیقته.

---

(۱) الوسائل- باب ۲- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۱

[...]

و یرد علی الوجه الثانی: ان الوقف عبارة عن تحبیس العین دائما، و تسبیل مالها من المنفعة کائنة ما کانت لا تسبیلها دائما.

و قد یقال فی وجه عدم مانعیة الوقف عن البیع کما عن المحقق النائینی ره: بان قوام الوقف بأمرین: بقاء العین الموقوفة، و کونها ذات منفعة، لأنه عبارة عن حبس العین و تسبیل الثمرة، و إذا خرب الوقف بنحو لا ینتفع به لا محالة تتبدل الصورة النوعیة للعین الموقوفة الی صورة نوعیة اخری عرفا. مثلا: النخلة الموقوفة إذا قلعت تعد عرفا مباینة للنخلة، و بالتبدل- ای تبدل الصورة النوعیة التی تعلق الوقف بها- یبطل الوقف و یبقی ذات الجسم فیباع.

و بعبارة اخری: الوقف متعلق بعناوین خاصة کعنوان الشجر و الحمام و البستان و أمثال ذلک، و مع الخراب لا تبقی هذه العناوین و لا تصدق أسامیها، و الوقف یدور مدار صدق الاسم.

و فیه: ان الوقف کسائر المعاملات من البیع و الهبة، فکما انه یتعلق بالعناوین الخاصة، کذلک المعاملات تتعلق بها، فکما ان تبدل الصورة النوعیة لا یوجب زوال الملکیة کذلک لا یوجب تبدل الوقف الذی هو تملیک خاص.

و بالجملة تبدل الصورة النوعیة لا یؤثر فی الملکیة، فلا وجه لبطلان الوقف من هذه الجهة.

و ان شئت قلت: ان الوقف یتعلق بالموجود الخارجی بما له من الحالات، و لذا لو تبدلت صورته النوعیة الی صورة نوعیة اخری ینتفع بها لا ـ إشکال فی عدم جواز بیع الوقف مع ان لازم هذا الوجه و الوجه الثانی الذی افاده الشیخ ره هو بطلان الوقف و عود العین الموقوفة الی الواقف أو ورثته، أو بقائها ملکا طلقا للموقوف علیه الموجود، أو کونها من المباحات الأصلیة التی تملک بالحیازة لا جواز بیع الوقف و سرایة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۲

[...]

الوقفیة الی بدلها و عوضها.

فالصحیح فی وجه عدم المنع ان یقال: ان حقیقة الوقف لما کانت تحبیس العین و تسبیل المنفعة، کان الواقف بحسب ارتکازه حینما یوقف ما لا ینتفع به بشخصه الی الأبد قاصداً لان تکون العین الموقوفة محبوسة بشخصها ما دام الی الانتفاع بها سبیل، و بما لها من المالیة إذا لم یمکن الانتفاع بها مع بقائها بشخصها، و علیه فإذا سقطت العین الموقوفة عن قابلیة الانتفاع کان لازم الوقوف علی حسب ما یوقفها تبدیلها بما یماثلها فی المالیة، لان ذلک فی نظر العقلاء من أنحاء حفظ المال بما هو مال.

و بالجملة: تسلیط الموقوف علیهم علی الانتفاع الی الأبد یوجب التوسعة فی الموقوف، و حبسه انما یکون بما ذکرناه، فالتبدیل لیس ازالة للحبس بل هو حفظ للمال بما هو مال عند العقلاء الذی هو غرض الواقف المعاملی. فتدبر فیما ذکرناه فانه دقیق.

و بهذا البیان یظهر الوجه فی دعوی انصراف لا یجوز شراء الوقف عن مثل الفرض، فالأظهر جواز البیع فی هذه الصورة.

و أما الطریق الثانی: فقد استدل للجواز بان الامر دائر بین تعطیله حتی یتلف بنفسه، و بین انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف، و بین تبدیله بما یبقی و ینتفع به الجمیع و الأول تضییع مناف لحق اللّه و حق الواقف و حق الموقوف علیهم. و الثانی مناف لحق سائر البطون، مع انه یستلزم جواز بیع البطن الأول، إذ لا فرق بین إتلافه و نقله. و الثالث هو المطلوب.

و لکن یرد علی ما افاده فی الشق الأول و هو ان تعطیله حتی یتلف مناف لحقوق اللّه تعالی و الواقف و الموقوف علیه أمران:

الأول: ما تقدم من انه لا أصل لهذه الحقوق و هی غیر ثابتة، و لیس هناک الا التعبد بعدم البیع أو اخذه فی مفهومه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۳

]...[

الثانی: انه لو سلّم هذه الحقوق فهی متعلقة بالعین الموقوفة و تتوقف علی ثبوت المنفعة فیها، و الا فلا حق للموقوف علیه باعتبار الانتفاع دنیویا، و لا للواقف أخرویا مترتبا علی الدنیوی، و لا لله تعالی لعدم المصرف للملک، فلا حق کی یجب تبدیل العین رعایة لذلک الحق. اللهم الا ان تکون الحقوق قائمة بالاعم من العین و المالیة لکن ذلک أول البحث.

و أما مسألة کون الإبقاء تضییعا فیرده: ان کون مثل هذا التضییع حراما غیر مسلّم، مع انه لو سلّم فلا اشکال فی ان حرمة التضییع مقیدة بما إذا لم یکن ذلک بتجویز من الشارع، فمع فرض عموم دلیل المنع عن بیع الوقف بکون هذا التضییع بحکم الشارع نظیر إتلاف آلات اللهو، فلا وجه لحرمته.

و یرد علی ما افاده فی الشق الثانی- مضافا الی ما مر-: ان جواز الإتلاف لا یستلزم جواز البیع، فان جواز الإتلاف یکفی فیه الملکیة الفعلیة، و جواز البیع لا یکفی فیه ذلک، بل یتوقف علی کونها ملکیة مرسلة غیر محدودة، و سیأتی ان ملکیة البطن الموجود لیست کذلک.

و أما استصحاب المنع فرده الشیخ ره: بان المنع السابق فی ضمن وجوب العمل بمقتضی الوقف و قد ارتفع یقینا فلا یبقی ما کان فی ضمنه.

و فیه: انه ان أراد بذلک انه من قبیل القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الکلی فیرد علیه: ان انتفاع البطون بالعین مع لزوم إبقائها و المنع عن نقلها من قبیل اللازم و الملزوم، أو المتلازمین لا من قبیل الکلی و الفرد، و ارتفاع الملزوم أو الملازم لا یقتضی ارتفاع اللازم أو الملازم الأخر لإمکان قیامه بملزوم آخر.

و ان أراد به ارتفاع الموضوع فیرد علیه: ان العین المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العین التی لا ینتفع بها، و الانتفاع من الحیثیات التعلیلیة لا التقییدیة، فالصحیح فی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۴

[...]

وجه المنع من الاستصحاب الوجه الأول بضمیمة ما ذکرناه فی محله من عدم جریان الاستصحاب فی الاحکام.

حکم الثمن علی تقدیر البیع

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۶، ص: ۲۳۴

و تمام الکلام ببیان امور:

۱- فی حکم الثمن علی تقدیر البیع، و الظاهر انه لا خلاف فی انه لا یخص به البطن الموجود.

أقول: ان کان جواز البیع من جهة ما ذکرناه من انه إبقاء الوقف و حفظ الموقوف بما هو مال، أو من جهة ما ذکره الشیخ أخیراً و هی رعایة الحقوق، فلا اشکال فی عدم الاختصاص کما لا یخفی.

و ان کان من جهة ما ذکره أولًا من ثبوت المقتضی و عدم المانع فللکلام فی الاختصاص و عدمه وجه، و قد استدل الشیخ ره لعدم الاختصاص بوجهین:

الأول: ان البدلیة تقتضی ذلک، لان المبیع ملک للموجودین بالفعل، و ملک للمعدومین بالقوة، و شأناً بمقتضی تملیک الواقف، فکذلک الثمن. و دعوی انه لا- تحقق للملک الشأنی، یکذبها إنشاء الواقف له کانشائه لملک الموجود، و علیه فحیث ان المعوض یخرج عن ملک جمیع الطبقات فلا بد و ان یدخل العوض فی ملک الجمیع.

و فیه: ان الملکیة امر اعتباری، و هی اما متحققة أو لا. و لیست الملکیة الشأنیة سنخا من الملکیة الاعتباریة، بل لیس معنی ذلک سوی القابلیة لان یصیر ملکا، و إنشاء الواقف انما یکون سببا لحصول الملکیة للطبقة اللاحقة حین وجودها بلا حالة منتظرة کما فی الوجوب المعلق علی امر متأخر. فکون الإنشاء موجودا لا یلازم کون

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۵

[...]

المنشأ کذلک.

و بالجملة: المتحقق بالنسبة الی البطن اللاحق لیس الا القابلیة لا الملکیة الاعتباریة، و علیه فحقیقة المعاوضة لا تقتضی الاشتراک، و مجرد القابلیة لا یکون من الحقوق التی تکون متعلقة بالمبیع لیسری الی بدله بالبیع.

الثانی: ان ملکیة کل بطن للعین الموقوفة لیست ملکیة مرسلة غیر محدودة بزمان أو زمانی، بل هی بحسب إنشاء الواقف محدودة ببقاء ذلک البطن و حیاته. و بعبارة اخری: الواقف انما أنشأ ملکیة کل طبقة بانبساط ماله من الملکیة المرسلة علی جمیع الطبقات، فلکل طبقة ملکیة محدودة بحیاتها، و علیه فإذا اعطی البطن الموجود ماله من الملکیة لم یکن ذلک بیعا، مع ان لازمه رجوع المبیع بعد انعدام البطن السابق الی البطن اللاحق فلا یملکه المشتری ملکا مستمراً، و ان اعطی الملکیة المرسلة المنبسطة فبالنسبة الی مقدار ملکیة البطون اللاحقة اما بالولایة أو باذن المتولی أو اذن الحاکم الشرعی فلا محالة یدخل الثمن فی ملک الجمیع علی النحو الذی کان المثمن ملکا لهم.

حکم بدل العین الموقوفة

الثانی: انه قد ظهر مما ذکرناه: انه لا حاجة الی صیغة الوقف فی البدل، و قد یقال: ان الوقف إذا کان عین تملیک الطبقات علی التدریج و کان عدم جواز البیع من آثار هذا التملیک الخاص فتتحقق الوقفیة بمجرد المبادلة بلا احتیاج الی اجراء صیغة الوقف، و اما ان کان الوقف هو حبس العین فما یحصل بالبیع هو تملیک الطبقات تدریجا من دون حصول عنوان الحبس، فلا بد من إنشائه بالصیغة. و لکن هذا لو تم فإنما هو بناءً علی کون دلیل الجواز هو وجود المقتضی و عدم المانع، و اما بناء علی ما اخترناه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۶

[...]

فی وجه الجواز من کونه ابقاءً للوقف و حفظا للموقوف بما هو مال، فعدم الاحتیاج الی اجراء الصیغة واضح.

الثالث: الظاهر ان البدل لیس مثل الأصل ممنوعا عن بیعه، و الوجه فی ذلک ما تقدم من ان الخصوصیة الشخصیة للعین الموقوفة سقطت عن الوقفیة بواسطة تعذر الانتفاع و حدوث الخراب، فما بقی علی الوقفیة هو المالیة. و خصوصیة الثمن لا تکون وقفا کما کانت کذلک فی المثمن حسب إنشاء الواقف، فیجوز تبدیله و بیعه ما لم یضر بالمالیة.

الرابع: انه قد ظهر ایضا مما ذکرناه: عدم وجوب شراء المماثل للوقف، و لکن قد استدل لوجوب شرائه بوجوه.

الأول: ان المثل اقرب الی مقصود الواقف.

و فیه: أولا: ان غرض الواقف لا ضابط له.

و ثانیا: انه لا دلیل علی لزوم مراعاة غرض الواقف ما لم یکن ذلک غرضا عقدیا و مصبا للعقد.

الثانی: انه لا إطلاق للأدلة المجوزة، و المتیقن منها هو البیع بالمماثل أو الشراء بالمماثل.

و فیه: ان مدرک الجواز لم یکن دلیل خاص کی یجری فیه ذلک، بل کان عدم شمول دلیل المنع، فلا وجه لهذه الدعوی.

الثالث: و هو الصحیح، و محصله: ان الواقف حینما وقف العین التی لها مالیة، و خصوصیات نوعیة، و خصوصیات شخصیة، قد حبس الجمیع ما دام الی الانتفاع بها سبیل، و الا فالجهتان الاولیتان محبوستان، و علیه فلا بد من رعایة الخصوصیات النوعیة. اللهم الا ان یقال: ان المعلوم من حال الواقف لحاظ مالیة العین و الخصوصیات

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۷

[...]

الشخصیة، اما لحاظ الخصوصیات النوعیة و تعلق إنشاء الوقف بها فغیر معلوم، و الأصل عدمه، و الأحوط الأول.

و علی ای تقدیر: یجوز بیعه بالنقود و شراء المماثل أو غیره بها، و قد فرضه الشیخ ره فی المقام، و الوجه فیه تعارف البیع بالنقود و تعسر بیعه بالمماثل.

من له ولایة البیع

الخامس: صرح غیر واحد: ان المتولی للبیع هو البطن الموجود بضمیمة الحاکم القیّم.

و فی المقام قولان آخران:

أحدهما: ان یکون ذلک الی الناظر ان کان.

ثانیهما: عدم الاحتیاج الی الضمیمهٔ.

و استدل للأخیر: بان الموقوف علیهم الموجودین هم المالکون، فلا یحتاج بیعهم الی ضم شخص آخر.

و فیه: ان ملکیتهم محدودهٔ، و إعطاء الملکیهٔ المرسلهٔ لما لیس لهم.

و استدل للقول الأول: بان الحاکم ولی المعدومین، اما من باب کون الحاکم ولی القاصر، أو لکونه ولی الممتنع، الشامل للممتنع، عن اختیار أو اضطرار. و بأن ذلک احد الأمور الحسبیهٔ.

و فیهما نظر: اما الأول: فلان المعدوم فی المقام لا یکون من القاصر و لا الممتنع، لان السالبهٔ هنا بانتفاء الموضوع.

و أما الثانی: فلتوقفه علی لزوم البیع و عدم ثبوت هذا الحق للناظر.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۸

]...[

و الأول غیر ثابت، و الثانی فاسد کما ستعرف.

فالأظهر هو القول الثانی، إذ لا وجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحق له سوی ما افاده الشیخ ره، و حاصله: ان الناظر له التصرف فی نفس العین، و لا دلیل علی نظارته علی البدل. و لکن یدفعه: ان بیع الوقف حفظا للوقف بعنوان انه مال، فیکون ذلک من أهم الأمور الملحوظهٔ للواقف. فالأظهر کون ذلک الی الناظر لو کان. نعم مع عدمه تصل النوبهٔ الی الحاکم الشرعی.

السادس: إذا بیعت العین الموقوفهٔ بما لا ینتفع به کالنقدین و لم یمکن شراء ما ینتفع به، فهل یدفع الثمن الی البطن الموجود لا بأن یکون له خاصهٔ فانه لا یجوز قطعا بعد اشتراک جمیع الطبقات فیه، بل لیکون تحت یده حتی یوجد ما ینتفع به، ام یوضع عند أمین، ام عند الناظر لو کان؟ وجوه.

قد استدل لعدم جواز الدفع الی الموجود: بانه مال مشترک بینه و بین سائر البطون، فلا یجوز جعله تحت سلطنته، و انما کان یدفع العین إلیه لسلطنته علی الانتفاع بها فعلا بلا مزاحم، و کذلک بدلها الذی ینتفع به. و اما البدل الذی لا ینتفع به فلا سلطنهٔ له علی الانتفاع به کی تکون له السلطنهٔ علی البدل فیدفع إلیه لذلک.

و فیه: ان الثمن و ان کان لا ینتفع به الا انه ملک للبطن الموجود و لیس کالملک المشترک عرضا، بل الاشتراک طولی، فهو فی هذه الحال ملک للبطن الموجود خاصهٔ، و لازم ذلک سلطنته علی إمساکه. و لو تنزلنا عن ذلک فالمتعین دفعه الی الناظر لأنه المنصوب لذلک، و الا فیوضع عند أمین.

و إذا لم یمکن شراء شیء ینتفع به بدون الخیار، و أمکن شراء ما ینتفع به مع الخیار، هل یجوز ذلک ام لا؟ ربما یقال بالثانی نظراً الی ان البدل وقف و الوقف عبارهٔ عن تحبیس العین، و هذا ینافی مع الخیار، إذ الحبس الی ان یفسخ حبس موقت لا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۳۹

]...[

دائمی.

و لکن یدفعه: ان وقف البدل- کما تقدم- غیر وقف الأصل، فان وقف البدل انما هو حبسه بما انه مال و لا دخل لخصوصیاته الشخصیهٔ فی الوقف، و لذا بنینا علی جواز التبدیل اختیاراً، و الخیار لا ینافی حبسه بما هو مال، إذ غایته الفسخ و التبدیل بعین اخری، و علیه فیجوز ذلک، و لو طلب البطن الموجود ذلک وجب حفظا لحق الانتفاع به.

ثمّ انه إذا رضی البطن الموجود فی الاتجار، و کان ذلک صلاحا لجمیع البطون، جاز الاتجار به و یکون الربح مشترکا بین البطون،

لان مجموع ما اشتری بالثمن و بیع بالثمن وقع بإزاء ما هو بدل الوقف، فلا محالة یشترک فیه الجمیع، و لیس الرابح من المنافع کی یختص به البطن الموجود، بل هو زیادة حصلت بالتجارة و وقعت بإزاء المالیة التی کانت وقفاً، فإلی ای مرتبة وصلت المالیة تکون باقیة علی الوقفیة.

السابع الظاهر عدم الفرق فی جواز البیع بین خراب الجمیع أو البعض، کما لا ینبغی الاشکال فی جواز صرف الثمن فی الباقی، أو وقف آخر علیهم. انما الکلام فیما إذا کان انتفاع البطون اللاحقة بالباقی محتاجا الی ذلک و لم یرض البطن الموجود به، هل یجوز الصرف ام لا؟.

و قد یقال بالجواز نظرا الی تعارض الضررین، و لکن الحق عدم الجواز، لان الضرر فی نفسه متوجه الی البطون اللاحقة، و لا یجب علی البطن الموجود تحمل الضرر لدفعه عنهم. فالأظهر عدم الجواز. نعم لو قامت القرینة علی شرط الواقف ذلک تعین.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۴۰

]...[

الصورة الثانیة

الصورة الثانیة: ان یخرب بحیث یسقط عن الانتفاع المعتد به

بحیث یصدق عرفا انه لا منفعة فیه کدار انهدمت و صارت عرصة تؤجر بأجرة غیر معتد بها.

و الکلام فیها یقع فی موارد:

الأول: ما إذا خرب الوقف بحیث سقط عن الانتفاع عرفا و کان ما له من المنفعة قلیلة جدا بحیث تلحق بالمعدوم.

الثانی: ما إذا خرب بحیث سقط عن المنفعة المعتد بها و لم تکن المنفعة بالغة هذه المرتبة من القلة.

الثالث: فی وقف العنوان.

اما المورد الأول: فالظاهر جواز البیع لجریان ما ذکر فی الصورة الاولی من انصراف ادلة المنع و غیره من الوجوه فی هذا المورد، لا سیما ما ذکرناه من ان البیع إبقاء الوقف و حفظ الموقوف بما هو مال.

و أما المورد الثانی: فقد یستظهر من القائلین بالجواز فی الصورة الاولی الجواز فی هذا المورد بحمل قولهم لا یجدی نفعا علی ارادة عدم النفع المعتد به، کما انه قد یستظهر المنع بحمله علی ارادة عدم النفع بالمرة.

و کیف کان: فالمتبع هو الدلیل، و غایة ما قیل فی وجه الجواز ما افاده المحقق الأصفهانی ره، و حاصله: ان غرض الواقف من الوقف أمران: حفظ خصوصیة العین الموقوفة، و حفظ خصوصیة الانتفاع، و حیث ان الغایة المقصودة الانتفاع الخاص، و حبس العین بما هی مقصود بالتبع و لا یکاد یزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۴۱

]...[

بالأصالة فلا محالة یقدم الأول فیجوز البیع و اشتراء ما ینتفع به بمثل تلک المنفعة الخاصة.

و فیه: ان غرض الواقف العقدی انما هو تسبیل المنفعة لا مرتبة خاصة من الانتفاع، فمع بقاء المنفعة و إمکان الانتفاع لا وجه لجواز التبدیل کما لا یخفی، فالأظهر عدم الجواز فی هذا المورد.

و أما المورد الثالث: فقد اختار صاحب الجواهر ره صحته و بطلان الوقف بانعدام العنوان، و خالفه الشیخ ره.

أقول: لا إشکال فی ان وقف العنوان من حیث هو لا یصح لعدم وجود الثمرة المسبلة له، و لا أظن ذهاب احد الی جوازه، و الظاهر ان نظر صاحب الجواهر ره الی انه یمکن وقف العین الخاصة ما دامت معنونة بعنوان البستانیة مثلا.

و الکلام فی ذلک تارة: فی مقام الثبوت، و اخری: فی مقام الاثبات اما فی مقام الثبوت: فلا اری فیه محذوراً، فان الملکیة قابلة للتحدید من حیث الزمان أو الزمانی، بان تعتبر ملکیة الشیء ما دام معنونا بعنوان البستانیة، و یمکن تأییده بملکیة الخل ما دام خلا و إذا انقلب خمرا خرجت عن الملکیة، و بملکیة الأرض المحیاة علی القول بدوران الملکیة مدار الحیاة، و کذلک الامر فی الحبس ملکا، و مقتضی عمومات الوقف و المعاملات صحة مثل هذا الوقف فیکون کالوقف المنقطع الآخر.

و دعوی انه یدل علی بطلانه ما دل علی اعتبار التأبید فی الوقف مندفعة بانه لا دلیل علیه سوی الإجماع، و هو مختص بالتأبید من حیث الزمان. و تمام الکلام فی محله.

و أما مقام الاثبات: فلا یبعد ظهور جعل الوقف متعلقا بالعنوان فی کونه للإشارة الی المعنون، و ان تمام الموضوع هو المعنون، فلو قصد وقف العنوان بالنحو

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۴۲

]...[

المعقول لا بد من ذکره و التصریح به.

الصورة الثالثة

الصورة الثالثة: ان یخرب بحیث تقل منفعته

لکن لا إلی حد یلحق بالمعدوم و هی تنحل الی صورتین:

احداهما: ان تقل المنفعة التی لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها، کان الملحوظ جمیع المنافع أو نوع خاص منها.

ثانیتهما: ان تزول المنفعة التی لاحظها الواقف بالمرة مع وجود غیرها.

اما فی الصورة الاولی: فلا ینبغی التوقف فی عدم الجواز لأدلة المنع عن بیع الوقف.

و أما فی الصورة الثانیة: فالأظهر انه بناء علی خروج العین عن الحبسیة بانتفاء منفعته بالمرة، تخرج العین عنها فی هذه الصورة، إذ المنفعة المقصودة تکون منتفیة بالمرة، و حیث ان المنفعة الأخری لیست متعلقة للوقف و غرض الواقف فتخرج العین عن الوقفیة بقول مطلق و یکون حکم هذا الوقف حینئذ حکم الوقف المنقطع الأخر.

و علی ذلک فیمکن بناء نزاع الشیخ ره و الحلی قده فی مسألة النخلة المنقلعة علی ذلک، و یکون نظر الشیخ ره فی إفتائه بالجواز الی الصورة الثانیة، و نظر الحلی ره الی الصورة الاولی، و یکون النزاع بینهما لفظیا.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۴۳

]...[

الصورة الرابعة

الصورة الرابعة: ان یکون بیع الوقف انفع و أعود للموقوف علیه.

لم ینقل القول بجواز البیع فی هذه الصورة عن احد سوی المفید، و لم یرض المصنف ره باسناده إلیه، و علیه فلا قائل به.

و کیف کان: فالعمدة فی المقام خبران:

أحدهما: خبر جعفر بن حنان عن الامام الصادق (علیه السلام) عن رجل وقف غلة له علی قرابة من أبیه و قرابة من امه- الی ان قال- قلت: فللورثة من قرابة المیت ان یبیعوا الأرض ان احتاجوا و لم یکفهم من الغلة؟ قال (علیه السلام): نعم إذا رضوا کلهم و کان البیع خیرا لهم باعوا «۱».

ثانیها: التوقیع الشریف کتب الحمیری الی صاحب الزمان (علیه السلام): روی عن الصادق (علیه السلام) خبر مأثور: إذا کان الوقف علی قوم بأعیانهم و أعقابهم فاجتمع اهل الوقف علی بیعه و کان ذلک أصلح لهم ان یبیعوه فهل یجوز ان یشتری من بعضهم ان لم یجتمعوا کلهم علی البیع ام لا- یجوز الا ان یجتمعوا کلهم علی ذلک. و عن الوقف الذی لا یجوز بیعه، فأجاب (علیه السلام): بانه إذا کان الوقف علی امام المسلمین فلا- یجوز بیعه، و إذا کان علی قوم من المسلمین فلیبع کل قوم ما یقدرون علی بیعه مجتمعین و متفرقین «۲».

اما الخبر الأول: فأورد علیه بوجوه:

---

(۱) الوسائل- باب ۶- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۸.

(۲) الوسائل- باب ۶- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۹.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۴۴

]...[

الأول: ضعف السند لجهالة جعفر.

و فیه: ان من رجال السند الحسن بن محبوب الذی هو من اصحاب الإجماع.

الثانی: انه جمع فیه بین الوقف و الوصیة، فان الوقف ان کان مقدما بطلت الوصیة، و ان کانت الوصیة مقدمة کان الوقف فسخا لها، و ان کانا متقارنین بإنشاء واحد، فمضافا الی عدم معقولیته، لزم بطلان الوصیة لتوقف نفوذها علی الموت دون الوقف، فیتم سبب الوقف فلا یبقی موقع لنفوذ الوصیة.

و فیه: انه یمکن فرض صدور الوصیة بعنوان الشرط علی الموقوف علیهم فی ضمن عقد الوقف علی ان یعطوا المقدار المعین للموصی له، فإذا مات الموصی له عادت جمیع المنافع الی الموقوف علیهم کما هو المفروض فی الخبر.

الثالث: ما فی المکاسب، و هو: انه یدل علی الجواز مع حاجة الموقوف علیهم لا لمجرد کون البیع انفع، فالجواز مشروط بالأمرین.

و فیه: ان هذا الجواب یکفی إلزاما للخصم، و الا- فیمکن الالتزام باعتبار الحاجة، ای الحاجة الی نفع زائد لیفی بمئونته، و هذه غیر الحاجة الشدیدة المعدودة من المسوغات بنفسها.

الرابع: ما ذکره الشیخ ره ایضا، و هو: ان المراد بالخیر یحتمل ان یکون هو الخیر الذی بلحاظه یکون الفعل اختیاریا، و هو طلب خیر الفعل لما فیه من الداعی الموافق لغرضه، و الجواز فی هذا الفرض مما لم یقل به احد.

و فیه: ان السائل سأل عن البیع الاختیاری الموافق لغرضه، و لیس هذا امرا مبهما کی یحتاج الی تکراره فی الجواب.

الخامس: ما ذکره الشیخ ره ایضاً، و هو: انه یحتمل ارادة الخیریة بلحاظ ما فرضه السائل من رفع الحاجة. و قد تقدم الکلام فی ذلک.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۴۵

]...[

السادس: ما عن المختلف و جماعة، و هو ظهوره فی الوقف المنقطع، و محل الکلام الوقف المؤبد.
و فیه: ان مقتضی إطلاقه علی هذا هو جواز البیع فی الطبقات المتوسطة قبل الانقراض، و من الواضح عدم الفرق بینه و بین المؤبد حینئذ، إذ الفرق انما یصلح فی الطبقة الأخیرة أو بعد انقراضهم کما لا یخفی.
السابع: ما ذکره الشیخ ره ایضاً، و هو: ان ظاهره بیع الوقف و صرف ثمنه کیف شاء، و هذا ایضاً مما لا یمکن الالتزام به، إذ کون المبدل مشترکا و البدل مختصاً غیر معقول.
و فیه: ان الظاهر منه- کما تقدم- بیع الوقف إذا کان الثمن أزید نفعا. فراجع.
فالحق فی الجواب عنه هو: اعراض الأصحاب و عدم إفتائهم بمضمونه.
و أما الخبر الثانی: فالکلام فیه تارة: فی ما أرسله عن الامام الصادق (علیه السلام)، و اخری: فیما أجاب (علیه السلام) به أخیرا.
اما الأول: فهو یدل علی جواز البیع إذا کان أصلح، و هو المدعی.
و أورد علیه بجملة من الإیرادات الواردة علی الخبر الأول، و قد تقدم ما فیها.
و قد یقال: انه یقیّد إطلاقه بمفهوم الخبر الأول من حیث التقیید بالحاجة، فیکون أخص من المدعی.
و فیه- مضافا الی ما تقدم- انه لا مفهوم لکلام الامام (علیه السلام) کی یقیّد به إطلاق هذا الخبر، إذ الشرط انما ذکر فی السؤال لا الجواب. فالحق فی الجواب عنه: انه معرض عنه عند الأصحاب.
و أما الثانی: فیرد علیه- مضافا الی ذلک- انه فی مقام البیان من حیث الاجتماع و التفرّق لا فی مقام بیان جواز بیع الوقف من حیث هو کی یتمسک بإطلاقه.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۴۶
]...[

و عن المحقق النائینی الجواب عنه بوجه آخر، و هو: انه یدل علی جواز بیع الوقف، مطلقا فالنسبة بینه و بین ادلة المنع هی التباین، و إذا خصصت ادلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بینهما الی عموم مطلق فیخصص إطلاقه بها.
و فیه: انّا لا نقول بانقلاب النسبة فی شیء من الموارد، فإذا کانت النسبة هی التباین تعین طرحه لوجوه لا تخفی.
الصورة الخامسة

الصورة الخامسة: ان تلحق الموقوف علیهم ضرورة شدیدة

. فقد ذهب جماعة الی جواز البیع فی هذه الصورة، و عن الانتصار و الغنیة دعوی الإجماع علیه.
و استدل له: بالإجماع، و بأن الضرورات تبیح المحظورات، و بخبر جعفر «۱» المتقدم الدال علی جواز البیع مع الحاجة بعد تقیید الحاجة بالشدیدة للإجماع علی عدم کفایة ما دونها من المرتبة.
و فی الجمیع نظر: اما الأول: فلان مصطلحهم فی الإجماع غیر مصطلح المتأخرین فلا یرکن إلیه.
و أما الثانی: فلا أقول: الضرورة رفع الحرمة لا الحکم الوضعی.
و أما الثالث: فلما مر من ان الظاهر منه الحاجة الی البیع للتبدیل بما هو انفع من حیث وفاء النفع بمئونته لا الحاجة الی البیع لصرف الثمن فی رفع الحاجة التی هی محل

---

(۱) الوسائل- باب ۶- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۸.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۴۷

[...]

الكلام.

و اجاب الشيخ ره عنه: بان ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلة الأرض لمئونة سنة الموقوف عليهم فى جواز البيع، و هذا اقل مراتب الفقر الشرعى. و النسبة بينه و بين الحاجة الشديدة هى العموم من وجه، إذ قد يكون فقيراً لا مئونة له و لا حاجة شديدة الى البيع لتتميم مئونته من مال الفقراء، و قد تكون له حاجة شديدة و له مئونة سنة، و قد يتفقان.

و يمكن دفعه: بان الحاجة الى تتميم المئونة بالبيع ان كانت مسوغة للبيع كانت الحاجة الشديدة اولى بذلك. فتأمل.

و كيف كان: فالأظهر المنع لعموم الادلة.

الصورة السادسة

الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة

. فى المسألة اقوال:

نفوذ الشرط و جواز البيع: ذهب إليه المصنف فى محكى الإرشاد و توقف فيه فى محكى القواعد.

عدم نفوذ الشرط مع إفساده للوقف و عدمه: ذهب إليه جماعة.

التفصيل بين شرط البيع عند عروض المسوغ له فيجوز و بين غيره فلا: ذهب إليه فى محكى جامع المقاصد.

الكلام فى المقام يقع فى موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۴۸

[...]

الثانى: فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الأول: فقد يقال بفساد الشرط لوجهين:

الأول: انه مخالف لمقتضى العقد اما من جهة ان الوقف بمعنى الحبس و الممنوعية من التصرفات فينافيه شرط البيع، أو من جهة ان الوقف للتأبيد و الوقف الى مدة باطل و التأبيد مناف لجواز البيع.

الثانى: انه مخالف للسنّة لما دل من النصوص «۱» على عدم جواز بيع الوقف.

و الحق انه ان كان الشرط بيعه عند تحقق شىء من المسوغات فلا اشكال فيه أصلا، إذ الجواز حاصل و الشرط مؤكد له. و ان كان بيعه لا عند تحقق شىء من المسوغات، فاما ان يكون الشرط مطلقا، و اما ان يكون معلقا على تقدير خاص، و على التقديرين اما ان يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفا، و اما ان يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفا.

فان كان الشرط مطلقا مع عدم كون الثمن وقفا لا ينبغى التوقف فى فساد الشرط لكونه منافيا لمقتضى العقد- بناء على ما عرفت من أخذ عدم البيع فى مفهومه- و مخالفا للسنّة لما دل على عدم جواز بيع الوقف من السنة.

و ان كان مطلقا مع كون العوض وقفا فالأظهر صحته لأول ذلك الى وقف الشىء بما انه مال، اى يكون الوقف الجامع بين المال و بدله، فيكون الشرط منافيا لمقتضى إطلاق الوقف لا أصله. و ان كان معلقا فان كان الشرط بيعه و جعل ثمنه وقفا صح، فانه يؤول الى

وقف العين بما انها مال مع خصوصية الى زمان حصول ذلك التقدير، و بعده تكون وقفا بما انها مال، فهذا ايضا مناف لمقتضى إطلاق العقد لا

---

(١) الوسائل- باب ۶- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١- ۴ و باب ١٧- من أبواب عقد البيع و شروطه.

]...[

أصله، و أدلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط كى يكون الشرط منافيا للسنة. و ان كان معلقا و كان الشرط بيعه و صرف ثمنه اى عدم كونه وقفا فان قلنا بان عدم البيع مأخوذ فى حقيقة الوقف صح ذلك، فانه يرجع الى انه وقف ما لم يتحقق التقدير الخاص الذى علق عليه جواز البيع، و إذا تحقق فلا وقف، و مقتضى إطلاق ادلة الوقف و نفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف.

و دعوى: انه مناف للتأبيد المعتبر فى الوقف، مندفعة بعدم الدليل على اعتباره، و انه يصح الوقف مع عدمه، لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع و عدمه. و ان قلنا بانه من احكامه لا من مقوماته فالأظهر عدم الصحة الا مع إنشاء الوقف الى زمان حصول ذلك التقدير، فان عدم جواز بيع الوقف و لزومه ليس من الحقوق بل من الاحكام، فالشرط مناف للسنّة.

و بما ذكرناه يظهر ما فى كلمات الشيخ ره.

و أما الثانى: اى ما يقتضيه النص الخاص، و هو الصحيح الحاكى لوقف امير المؤمنين (عليه السلام) ماله بينبع: فان أراد- يعنى الحسن (عليه السلام)- ان يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه فيه، و ان شاء جعله سرى الملك، و ان ولد على و أموالهم الى الحسن بن على، و ان كان دار الحسن بن على غير دار الصدقة فبدا له ان يبيعها فليبعها ان شاء لا حرج عليه فيه، و ان باع فانه يقسمها. الحديث «١».

و هذا ايضا يدل على الجواز، و مورد الاستدلال به قوله (عليه السلام): فان أراد ان يبيع نصيبا من المال ... إلخ.

---

(١) الوسائل- باب ١٠- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ۴.

]...[

و اورد عليه بايرادات:

الأول: انه يدل على جواز بيع الوقف عند الحاجة، فيخرج عن محل الكلام.

و فيه: انه ظاهر فى كونه فى مقام إعطاء السلطنة للموقوف عليه فى ضمن الوقف على البيع، و هذا هو الاشتراط.

الثانى: انه محمول على الوصية نظراً الى ما فى صدره من قوله (عليه السلام): هذا ما اوصى به و قضى فى ماله عبد اللّه على، و قوله فى آخره: و لا يحل- الى قوله- ان يغير شيئاً مما أوصيت به.

و فيه: انه ينافيه قوله (عليه السلام): الذى كتبت من أموالى هذه صدقة واجبة بتلة حيا انا أو ميتا. و لا تكون الوصية بتلة واجبة فى حياته، بل الوقف كذلك، و إطلاق الوصية على جميع ما يدبره الإنسان من شئون ماله بنحو الإيصاء به لمن يقوم بعده بالأمر الشائع، و اختصاص الوصية بالمعهودة انما هو فى لسان الفقهاء خاصة.

الثالث: انه قابل للحمل على ارادة قضاء الدين من حاصل الوقف.

و فیه: انه مناف لقوله ان یبیع، و لقوله جعله سری الملک ای ملکا نفیسا لنفسه.

الرابع: ان مورده الوقف العام، و لا إشکال فی عدم جواز البیع فیه. و قد تقدم الجواب عنه، و انه لا فرق بین الوقف العام و الخاص.

فالإنصاف ان الخبر لا إشکال فیه دلالة، کما لا إشکال فیه سنداً، فیدل علی جواز البیع مع الشرط، و قد عرفت انه مقتضی القاعدة.

و ربما یستدل للجواز بجملة اخری من الروایة، و هی قوله (علیه السلام) (فبدا له ان یبیعها فلیبعها ان شاء لا حرج علیه و لکن یمکن الإیراد علیه: بعدم ثبوت کون مورده وقفا و ذلک لوجهین:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۵۱

[...]

الأول: قوله و ان کان دار الحسن بن علی غیر دار الصدقة ای غیر الصدقات العامة، و هذا کما یمکن حمله علی ما إذا کانت من الأوقاف الخاصة علی الذریة، یمکن حمله علی دار الصدقة التی فوض أمرها إلیه و جعل له سکناها ما دامت الحاجة و بعده بعنوان الوصیة یفعل ما امره به. اللهم الا ان یقال: ان المراد بهذه الجملة (انه کان دار الحسن التی هی مسکنه غیر دار الصدقة و لم یکن له حاجة الی دار الصدقة و رأی المصلحة فی بیعها فلیبعها ان شاء و یصرف ثمنها فی المصارف المذکورة.

الثانی: ان تلک الدار لم تکن داخلة فیما وقفه فی أول هذا الخبر، فان الموقوف هو ماله بینبع و ما حولها و بوادی القری و بدیمة و باذنیة، و کل تلکم لیست الا المزارع و لیست الدار داخلة فیها و لکن فی الجملة الاولی کفایة.

الصورة السابعة

الصورة السابعة: ان یؤدی بقاؤه الی خرابه علما أو ظنا

. و قد ذهب جماعة منهم المانعون عن بیع الوقف مطلقا، و المفید و الدیلمی و الفاضلان فی اکثر کتبهما، و الشهیدان فی غیر الدروس، و المحقق الکرکی و غیرهم: الی المنع، و عن الشیخ فی النهایة، و ابن سعید فی کتابیه، و الطوسی و العلوی و المصنف فی بیع التحریر، و الشهید فی الدروس و غیرهم: اختیار الجواز، و اختاره الشیخ ره، و قد استدل للجواز بوجوه:

الأول: ما عن التنقیح، و هو: ان بقاء الوقف علی حاله، و الحال هذه اضاعة و إتلاف للمال و هو منهی عنه شرعا، فیکون البیع جائزاً.

و فیه: ما تقدم من ان التضییع المحرم هو ما لم یکن بأمر من الشارع، و حیث ان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۵۲

[...]

إبقاء الوقف یکون بأمر منه فلا یشمله دلیل حرمة التضییع.

الثانی: ما عن المختلف و التذکرة و المهذب و غیرها، و هو: ان الغرض من الوقف استیفاء منافعه، و قد تعذرت فیجوز إخراجه عن حده تحصیلا للغرض منه، و الجمود علی العین مع تعطیلها تضییع للغرض.

و فیه: ان هذا لو تم فإنما هو فی آخر أزمنة بقائه الذی خرجت العین فیه عن حیز الانتفاع، و اما قبله فالغرض، من الوقف الاستیفاء من شخص العین و هو ممکن فلا یجوز.

الثالث: ما افاده المحقق النائینی ره، و هو: انه إذا احتمل احتمالا عقلائیا تأدیته الی الخراب علی نحو لو کان فعلا خراباً لجاز بیعه، جاز بیعه لان حکم الاحتمال حکم الخراب، و لکن من حیث کونه طریقا، لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فکأنه صار خرابا فعلا.

و فیه: ان هذا لو تم فإنما هو فی احتمال الخراب الفعلی لا فی احتمال تأدیته الی الخراب، لان هذا الاحتمال لیس طریقا الی الخراب

بالفعل کما هو واضح.

الرابع: ما افاده الشیخ ره، و مقصوده دفع الموانع عن التمسک بعمومات نفوذ البیع، و حاصله: ان المانع عن التمسک بها فی الوقف امور:

أحدها: حق الواقف.

ثانیها: حق الموقوف علیه.

ثالثها: الادلهٔ المانعهٔ عن بیع الوقف.

و شیء منها لا یصلح للمنع فی المقام، اما الأول: فلان غرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العین فائت لا محالهٔ لأوله الی الخراب، و غرضه المتعلق بالانتفاع به بما انه مال یتوقف علی البیع، فالبیع لیس منافیا لغرضه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۵۳

]...[

و اما الثانی: فلان المفروض ان انتفاع الموقوف علیهم لا یفوت لانتفاعهم بالبدل، و الانتفاع بشخص العین غیر ممکن، و اما حقهم فی تصدی البیع فالمفروض انه یباع باذن البطن الموجود و أولیاء البطون اللاحقهٔ.

و أما الثالث: فلانصراف الادلهٔ عن صورهٔ أول العین الی الخراب المخرج لها عن حد الانتفاع.

و فیه: ان هذا یتم فی صورهٔ الخراب، و اما قبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العین ممکن، و حق الموقوف علیهم فی الانتفاع به کذلک، و الادلهٔ غیر منصرفهٔ، فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسک بالعمومات.

الخامس: ما کتبه (علیه السلام) فی جواب ابن مهزیار: ان کان قد علم الاختلاف ما بین اصحاب الوقف ان بیع الوقف أمثل فلیبع، فانه ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال و النفوس «۱».

بتقریب: ان قوله (علیه السلام): فانه ... إلخ تعلیل لجواز البیع فی صورهٔ الاختلاف، و ان المراد من المال الوقف، فان ضم النفوس انما هو لبیان الضرر الأخر المترتب علی الاختلاف، إذ علی ذلک یصیر المتحصل من الروایهٔ: انه کلما کان الوقف فی معرض الخراب جاز بیعه.

و فیه: ان کون المراد من المال العین الموقوفهٔ مما لم یشهد به شاهد، بل بقرینهٔ ضم النفوس الی الأموال یصیر ظاهرا فی المال الأخر، إذ الاختلاف یوجب صرف المال فی الغلبهٔ علی الخصم و أدائه الی المقاتلهٔ الموجبهٔ لإتلاف النفوس، و هذا بخلاف تلف الوقف الذی هو اجنبی عن تلف النفس.

---

(۱) الوسائل- باب ۶- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۵۴

]...[

فالأظهر عدم جواز بیع الوقف ان خیف اوله الی الخراب، لا سیما إذا کان الخراب المترقب بعد مدهٔ طویلهٔ. نعم یجوز البیع فی آخر أزمنهٔ بقائه، إذ لا منفعهٔ حینئذ و اللّه العالم.

الصورهٔ الثامنهٔ

الصورهٔ الثامنهٔ: ان یقع بین الموقوف علیهم اختلاف لا یؤمن معه تلف المال

. فکلمات القوم فی هذه الصورة متشتتة، فلا یصغی الی نقل شهرة فی الباب، فالمهم صرف عنان الکلام الی الحجج و الادلة.

و قد استدل للمنع فی المکاسب: بعموم ادلة المنع عن بیع الوقف «۱» و بالاستصحاب.

أقول: ما ذکر من عموم الادلة متین فی نفسه، و اما الاستصحاب فغایة ما یمکن ان یقال فی تقریبه: ان عموم دلیل نفوذ البیع خصص بما دل علی عدم جواز بیع الوقف، و هو و ان اختص بما قبل وقوع الاختلاف المزبور و لم یکن له عموم شامل له، الا انه من جهة کون دلیل نفوذ البیع و الوفاء بالعقد مما لا عموم ازمانی له، بل هو متضمن لبیان حکم واحد مستمر لکل فرد من افراد البیع و العقد، و مع الشک فی ان الخارج هو فی زمان أو دائما یجری الاستصحاب، و لا یکون مورد التمسک بالعموم.

و فیه: - مضافا الی عدم تمامیة المبنی کما حققناه فی الأصول- انه لا یکون منطبقا علی المقام من جهة انه لیس هناک فرد واحد یکون خارجا عن تحت عموم

---

(۱) الوسائل- باب ۶- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۱- ۴ و باب ۱۷- من أبواب عقد البیع و شروطه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۵۵

]...[

دلیل نفوذ البیع فی زمان و یشک بعده فی خروجه، بل البیع قبل عروض العارض المشکوک الحال فرد مقدر الوجود، و البیع بعد العروض فرد مقدر آخر. و علیه فمع عدم شمول دلیل المخصص یتعین الرجوع الی عموم دلیل النفوذ للشک فی التخصیص الزائد، بل لو لم یکن هناک عموم لما کان مورد لإجراء الاستصحاب. فتدبر فانه دقیق.

و استدل للجواز: بمکاتبة ابن مهزیار المتقدمة فی الصورة السابقة.

و اورد علیه الشیخ بان قوله (علیه السلام): فانه ربما جاء فی الاختلاف ... إلخ اما ان یکون تعلیلا لجواز البیع عند الاختلاف، أو یکون حکمة له. و علی الأول: یتعین البناء علی جواز بیع الوقف إذا لزم تلف المال و النفس، و لو لا- لدخل فیه، لان العلة کما تخصص تعمم. و علی الثانی: یتعین البناء علی جواز البیع مع الاختلاف مطلقا، و شیء منهما لا یمکن الالتزام به لعدم إفتاء المشهور به.

و فیه: انه یحمل علی التعلیل کما هو ظاهره، و لکن العلة هی لزوم تلف المال و النفس من ترک البیع و إبقاء الوقف علی حاله، فان الظاهر منها ان علّیة ما ذکر من جهة ان الوقف صدقة جاریة یتقرب بها الی اللّه تعالی، و هذا لا یلائم مع تلف المال و النفس، و لا مانع من الالتزام بالتعمیم علی هذا، ای الالتزام بجواز البیع فی کل مورد لزم من بقائه تلف المال و النفس.

و دعوی انها معرض عنها و لم یعمل بها الأصحاب، قد تقدم ما فیها، فالمکاتبة تدل علی الجواز فی هذه الصورة هذا مع قطع النظر عن الإشکالات المشترکة بین جمیع الصور التی سیتعرض لها الشیخ ره، و ستعرف عدم ورود شیء منها. فالأظهر هو جواز البیع فیها.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۵۶

]...[

و ربما یستدل له بحدیث «۱» لا ضرر الحاکم علی الادلة الواقعیة.

و فیه: ان الموقوف علیهم باختیارهم یتلفون المال و النفس، و فی مثل ذلک لا یوجب الحدیث رفع التکلیف الواقعی. و به یظهر ما فی الاستدلال له بدلیل وجوب حفظ النفس فیما إذا لزم من ترک البیع تلف النفس.

الصورة التاسعة

الصورة التاسعة: ان یؤدی الاختلاف بینهم الی ضرر عظیم

. و قد استدل للمنع عن البیع فی هذه الصورة: بعموم الادلة، و الاستصحاب.

و قد تقدم ان الاستدلال بالعموم متین، و لکن الاستدلال بالاستصحاب فی غیر محله.

و قد استدل للجواز بوجهین:

الأول: لا ضرر. و قد تقدم ما فیه.

الثانی: مکاتبة ابن مهزیار المتقدمة، بدعوی انه یستفاد منها ان ذکر تلف النفس و المال انما یکون من باب المثال لمطلق الضرر العظیم، و الاحتیاط سبیل النجاة.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۷- من أبواب الخیار.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۵۷

[...]

الصورة العاشرة

الصورة العاشرة: ان یلزم فساد تستباح منه الأنفس

و قد استدل للمنع بما تقدم، و للجواز بما ذکرناه آنفا.

و تقریب الاستدلال بالمکاتبة: ان ذکر تلف الأموال و ضمه الی تلف النفوس انما هو من جهة التلازم الغالبی، إذ خوف تلف الأنفس یتبعه خوف تلف الأموال لا لخصوصیة فیه، بل المدار علی خوف تلف النفوس خاصة.

و اورد علیه الشیخ ره بما تقدم من: ان مقتضی عموم العلة جواز البیع لدفع کل فتنة مؤدیة الی ذلک، و قد عرفت الجواب عنه.

فالحق فی الإیراد علیه- مضافا الی منع التلازم الغالبی-: ان حمل القید علی ذلک خلاف الظاهر، فان الظاهر کون کل قید مأخوذ فی لسان الدلیل للاحتراز، مع ان لازم التمسک بالمکاتبة البناء علی کفایة خوف الأداء الی استباحة الأنفس لا اعتبار الاستباحة الواقعیة.

و ربما أورد علی الاستدلال بالمکاتبة فی هذه الصور بایرادات:

الأول: اعراض الأصحاب عنها، و قد عرفت ان الأصحاب عملوا بها، و انما الخلاف بینهم فی موضوع الجواز من جهة اختلافهم فی فهم المراد منها.

الثانی: ان الظاهر من عدم ذکر الاعقاب فیه کون الوقف منقطعا لا مؤبدا الذی هو محل البحث.

و فیه: ان عدم ذکر الاعقاب انما هو من جهة عدم الاحتیاج إلیه، فلو لم ندع ان إطلاق الوقف ظاهر فی المؤبد، لا کلام فی ان مقتضی ترک الاستفصال البناء علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۵۸

[...]

عدم الفرق فی ذلک بین المؤبد و المنقطع.

الثالث: ما عن الإیضاح، و هو ظهورها فی عدم إقباض الموقوف علیهم و عدم تمام الوقف، و عن المحدث المجلسی و البحرانی: الجزم به، و احتمله سید العروة، فهی تدل علی جواز البیع ما لم یتحقق الوقف، و محل الکلام هو بیع الوقف.

و فيه: أولا: ان الظاهر من الوقف و الموقوف عليهم و غيرهما من التعبيرات فيها تحقق الوقف الصحيح.

و ثانيا: انه لو تنزلنا عن ظهورها فى ذلك يكفى فى الحكم عدم الاستفصال بين تحقق الوقف و القبض و عدمه.

الرابع: ان الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين، مع انه مناف لحق البطون و لقول المجوزين لأنهم يقولون بجواز البيع و شراء عوض الوقف بثمنه.

و فيه: أولا: ان عدم عمل الأصحاب بهذه الجملة لا يوجب سقوط سائر الجملات عن الحجية.

و ثانيا: ان الالتزام بذلك فى خصوص مورد الوقف الذى لا يرتفع الاختلاف الا بتقسيم الثمن من جهة انه جاء من جهة الاشتراك فى الوقف، لا أرى فيه محذوراً.

و ثالثا: ان المحكى عن الأكثر العمل بها.

الخامس: انه لو جاز بيع الوقف فإنما يجوز للموقوف عليهم لا للأجنبى، و المكاتبة تدل على جوازه للأجنبى كما لا يخفى.

و فيه: انه يمكن ان يكون ذلك من جهة كونه ناظرا، أو انه استأذن من الامام (عليه السلام) فى ذلك لكونه من الأمور الحسبية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۵۹

]...[

الوقف المنقطع

هذا كله فى الدائم، و اما الوقف المنقطع، و هو ما إذا وقف على من ينقرض.

فالكلام فيه يقع فى جهات:

الاولى: فى صحة الوقف المنقطع.

الوقف المنقطع على قسمين:

الأول: ما يجعل وقفا موقتا كما لو قال وقفت هذا عشر سنين و هذا لا خلاف بينهم فى بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد و المسالك، بل عن الغنية و المختلف و السرائر و الجواهر: دعوى الإجماع عليه، و كفى به مدركا.

الثانى: ما يجعل على من ينقرض غالبا، و الأظهر صحته وقفا كما هو المشهور بين الأصحاب، لان الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.
و دعوى: أخذ التأبيد فى مفهوم الوقف كما ترى، لان حقيقة الوقف حبس العين و تسبيل الثمرة- كان ذلك دائميا ام موقتا- و الإجماع على اعتبار التأبيد فى الوقف و ان كان لا ينكر الا ان مراد المجمعين عدم توقيته مدة لا كونه دائميا. و بعبارة اخرى: المراد به عدم الاقتران بمدة، و اما ارتفاع الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة فلا ينافى الدوام.

و يشهد لصحته صحيح الصفّار: كتبت الى ابى محمد (عليه السلام) اسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو؟ فقد روى ان الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، و إذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: ان الموقت هو الذى يذكر فيه انه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث اللّه

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۶۰

]...[

الأرض و من عليها، و قال آخرون: هذا موقت إذا ذكر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث اللّه تعالى الأرض و من عليها، و الذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف و لم يذكر أحدا، فما الذى يصح من ذلك و ما الذى يبطل؟

فوقع (علیه السلام): الوقوف بحسب ما یوقفها أهلها ان شاء اللّه «۱». فانه یدل علی صحة الوقف الموقت بکلا تفسیریه.

الجهة الثانیة: فی انه بعد الانقراض یرجع الوقف الی الواقف و ورثته أو الی ورثة الموقوف علیه أو یصرف فی وجوه البر، وجوه أقواها الأول، لان خروج الوقف عن ملکه لو قلنا به انما یکون خروجا ما دامیا، ای ما دامت حیاة الموقوف علیه، فلا محالة یرجع الی مالکه بموته، فانه لم یخرج عن ملکه الا الی اجل.

و دعوی ان مقتضی إطلاق ادلة الإرث انتقاله الی ورثة الموقوف علیه، مندفعة بأنها انما تدل علی الإرث فیما هو للمیت لاما لیس له بعد موته، و مقید ملکیته بحیاته، فانه لیس مما ترکه المیت. و تمام الکلام فی محله.

هذا علی القول بخروجه عن ملک الواقف، و الا فهو ملک له من الأول و بموته ینتقل الی ورثه، و لعل الأظهر ذلک، لان ما ذکرناه فی وجه خروجه عن ملک الواقف فی المؤبد- من ان اعتبار الملکیة له لغو، و من إطلاق الصدقة علیه لا سیما ما فی بعض النصوص من التقیید بالبتلة- لا یجری فی المقام. اما الأول: فواضح، و اما الثانی: فلعدم إطلاقها مع هذا القید علی الوقف المنقطع.

الجهة الثالثة: فی جواز بیعه و عدمه.

الظاهر ان قلنا بانتقال الوقف الی الموقوف علیه لا ینبغی التوقف فی عدم جواز

---

(۱) الوسائل- باب ۷- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۶۱

[...]

بیعه، لعموم ما دل علی عدم جوز بیع الوقف «۱» الشامل للمؤبد و المنقطع.

و من الغریب عدم ذکر الشیخ ره هذه الجهة مع هذا البسط و الاطناب، نعم لو قلنا ببقائه علی ملک الواقف لا یبعد دعوی عدم شمول الادلة المانع عن البیع له، اما دلیل الوقوف فلظهوره فی ان المنع عن البیع الذی أنشأه الواقف انما هو من خصوصیات إنشائه ملکیة الموقوف علیهم- ای یملکهم بالملکیة الراکدة غیر المتعدیة عنهم- فلو لم یقع اصل الملک کیف تقع خصوصیاته، و اما غیره فللانصراف الی ما لو کان البیع منافیا للوقف.

ثمّ انه علی القول بعدم شمول الادلة المانعة له یقع الکلام فیما تقتضیه القواعد، فأقول: ان بیع الواقف حینئذ یتصور علی وجوه:

أحدها: ان یبیع العین الموقوفة من الأجنبی من عدم انتقال منافعه إلیه، و حیث ان المقتضی للصحة و هو الملک موجود، فلا بد من التکلم فی المانع، و هو لیس الجهل بمقدار المنفعة التی یستحقها الموقوف علیه للجهل بأمد انقضائها- فان الجهل بنفسه و ان کان من الموانع لصحة البیع الا انه الجهل بالمبیع و المنافع لیست داخلة فیه و ان أوجبت زیادة المالیة- بل المانع هو الغرر، و قد وجهه الشیخ ره بقوله بجهالة وقت استحقاق التسلیم التام علی وجه ینتفع به. و أورد علیه المحقق الأصفهانی ره: بانه إذا کان المبیع معلوما ذاتا و وصفا و تسلیما و کان المجهول وقت التسلیم لا یکون ذلک غرریا، و علی فرض التنزل و تسلیم صدقه علیه لا دلیل علی مبطلیته لان العمدة فی مانعیته الإجماع، و هو غیر ثابت فی المقام.

---

(۱) الوسائل- باب ۶- من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ۱- ۴ و باب ۱۷- من أبواب عقد البیع و شروطه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۶۲

[...]

و فیه: ان الجهل بوقت التسلیم و الجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر.

اما الثانی: فلان الثمن انما یدفع بإزاء العین بلحاظ المنافع، فالجهل بمقدارها موجب للغرر.

و أما الأول: فلانه کما یصدق الغرر مع الجهل بأصل التسلیم، کذلک یصدق مع الجهل بوقته.

و دعوی ان عمدة دلیل مانعیة الغرر الإجماع غیر الشامل للمقام، مندفعة بان عمدة دلیلة النبوی «۱» المنجبر بالعمل الشامل للمقام. فالأظهر بحسب القاعدة البطلان.

و أما مصحح الحسن بن نعیم الدال علی جواز بیع المالک داره التی جعل سکناها لرجل و لعقبه من بعده «۲»، فهو یخصص دلیل الغرر، و علیه فان أمکن القاء الخصوصیة یتعدی من مورده الی الوقف المنقطع و یحکم بجواز بیعه و الا فلا.

بقی الکلام فی اجازة الموقوف علیه، و ان رضاه ببیع الواقف هل یوجب صحته ام لا؟.

و المقصود من ذلک ان تکون عینه و جمیع منافعه منتقلة الی المشتری، فلا یلزم الغرر. و الأظهر عدم کفایته، فان المنفعة لا تنتقل الی المشتری لا بلا عوض و لا معه الا بالصلح، اما عدم انتقالها بلا عوض فلان الناقل اما هو الهبة أو الاسقاط أو الإبراء، و لا مورد لشیء منها فی المقام، اما الهبة: فلاعتبار تعلقها بالعین، و اما الاسقاط: فلانه یتعلق بالحق و المنفعة ملک، و اما الإبراء: فلانه یتعلق بالملک الذمی کالدین،

---

(۱) الوسائل- باب ۴۰- من أبواب آداب التجارة حدیث ۳.

(۲) الوسائل- باب ۲- من أبواب احکام السکنی و الحبیس حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۶۳

]...[

و المنفعة ملک خارجی.

و أما عدم انتقالها بالعوض، فلان ناقلها اما الإجارة أو البیع علی قول، و یعتبر فی کل منهما عدم الغرر، و فی المقام کل من المعاملتین- ای المعاملة التی یوقعها الواقف- أصالة، و التی یوقعها عن الموقوف علیه غرریة، و ان کان لا غرر بعد تمامیة العقدین فیتعین ان یکون ذلک بعنوان الصلح، و لا بأس به، الا انه یصح صلح الواقف ماله من العین المجردة عن مقدار من المنفعة من دون حاجة الی اجازة الموقوف علیه.

ثانیها: ان یبیع العین الموقوفة من الموقوف علیهم، و قد أفاد المحقق الأصفهانی ره: انه لا ینبغی النزاع فی صحتها بیعا حیث لا غرر و لا جهالة.

و فیه: ان المشتری بعد البیع و ان کان یعلم بماله من العین و المنافع الا ان المیزان فی الصحة و الفساد کون البیع بنفسه غرریا و عدمه، و هذا البیع بنفسه غرری، و العلم بعد تحققه بماله لا یوجب عدم صدق الغرر، أ لا تری انه لو صالح احد الشریکین الذی له مقدار من العین غیر المعین شخصا فباعه بعد ذلک الشریک الأخر حصته لا إشکال فی صدق الغرر و بطلان البیع، مع ان المشتری بعد البیع یعلم بما انتقل إلیه و ان العین بتمامها له.

ثالثها: ما إذا انتقلت منفعة العین الموقوفة الی غیر الموقوف علیهم ثمّ بیع العین منه، فان حکم هذه الصورة حکم الصورة المتقدمة.

رابعها: ما إذا انتقلت المنفعة الی الواقف فباع العین، لا إشکال فی الصحة لوجود المقتضی و عدم المانع.

هذا کله بناء علی بقائه علی ملک الواقف، و اما لو قلنا بانتقاله الی الموقوف علیه، فلا یجوز البیع لا للواقف و لا للموقوف علیه و ذلک لوجهین:

الأول: الادلة المانعة عن بيع الوقف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۶۴

]...[

الثانى: ان الواقف لا يجوز له البيع لعدم الملك، و الموقوف عليه لا يجوز له ذلك من جهة ان ملكيته محدودة ليست مرسلة، فان باع و نقل الملكية المرسلة نقل ما ليس له، و ان نقل الملكية المحدودة بطل من جهة ان البيع هو نقل الملكية المرسلة.

و لا ـ فرق فيما ذكرناه بين عود الملك الى الواقف أو انتقاله الى ورثة الموقوف عليه أو صيرورته فى سبيل اللّه تعالى قوله قده: لأنه حقيقة وقف مؤبد ... إلخ.

و فيه: ان صيرورة الوقف فى سبيل اللّه ان كانت بإنشاء الواقف كان مقتضاه حبس العين و صرف منافعها فى سبيل اللّه تعالى، و ان كانت من جهة انقضاء أمد ملك الموقوف عليه لا مانع من صرفها بنفسها فى سبيل اللّه تعالى.

بيع العين المرهونة

اشارة

الثانية: فى بيع العين المرهونة اقوال:

(۱) الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، اختاره بعض المحققين من المتأخرين.

(۲) الصحة مع الوقوف على الإجازة أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك، ذهب إليه الشيخ و ابن حمزة و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم.

(۳) البطلان، و هو الظاهر من عبائر جماعة من القدماء و غيرهم، و صرح به صاحب المقابيس ره.

و الكلام يقع فى مقامين:

الأول: فى انه هل يصح بيع الراهن مستقلا ام لا.

الثانى: فى انه على فرض عدم الصحة كذلك هل يبطل رأسا ام يمكن تصحيحه

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۶۵

]...[

بالإجازة أو سقوط حق المرتهن بالإسقاط أو الفك.

اما المقام الأول: فقد استدل لعدم الصحة: بالإجماع على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون، و بالمرسل عن النبى صلّى اللّه عليه و آله الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف فى الرهن «۱» المنجر ضعفه بالعمل، و بقاعدة السلطنة «۲». إذ البيع ينافى سلطنة المرتهن على حقه.

و فى الجميع نظر: اما الأول: فلان هذا الإجماع ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام)، بل منشؤه منافاة البيع لحق المرتهن.

و بعبارة اخرى: معقد الإجماع هو عدم استقلال المالك فى التصرفات المنافية لحق المرتهن، و من صرح بالبيع فإنما هو من جهة انه رأى منافاته لحق المرتهن، و عليه فحيث ان البيع ليس منافيا لحقيقة الرهن و لحق المرتهن- إذ لا ـ يعتبر فى العين المرهونة ان تكون

ملکا للراهن، و قد اتفقوا علی جواز استعارة عین للرهن- فإذا جاز ذلک ابتداء جاز بالأولی بیع العین المرهونة، فتنتقل العین المرهونة الی المشتری، و یکون حق الرهانة باقیا متعلقا بها. نعم مع جهل المشتری بالحال یثبت له الخیار.

و أما الثانی: فلان التصرف فیه لا یعم التصرف الاعتباری کالبیع کما حقق فی مبحث الفضولی، مع انه علی فرض الشمول ان النهی عنه متعلق بعنوان جامع بین التصرف الاعتباری و الخارجی، و لا یکون ظاهرا فی الإرشاد، بل هو ظاهر فی المبغوضیة و الحرمة النفسیة. و قد مر فی أول الجزء الرابع عشر عدم دلالة النهی عن المعاملة علی الفساد.

---

(۱) المستدرک- باب ۱۷- من أبواب کتاب الرهن حدیث ۶.

(۲) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث- و ج ۱ ص ۱۵۴ الطبع القدیم.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۶۶

[...]

و اما الثالث: فلما عرفت آنفا من ان البیع لیس منافیا لسلطنة المرتهن علی حقه، فالأظهر هی الصحة و النفوذ و عدم الوقوف علی الإجازة، أو سقوط حق المرتهن.

و أما المقام الثانی: فقد استدل الشیخ ره للصحة مع الإجازة بوجوه:

الأول: العمومات السلیمة عن المخصص، فان معقد الإجماع و الاخبار الظاهرة فی المنع عن التصرف هو الاستقلال.

و اورد علیه المحقق الإیروانی: بان بیع الراهن خارج عن العمومات بالقطع، و المتیقن و ان کان خروج ما قبل الإجازة من المرتهن الا انه لا مجال للتمسک بها بعدها لعدم عموم ازمانی فیها، بل عمومها افرادی فقط بإزاء کل عقد إیجاب واحد للوفاء لا إیجابات متعددة، حتی إذا خرج الفرد فی زمان صح التمسک بها فی زمان آخر.

و فیه: ان خروج فرد من زمان ان کان لأجل مانع و کان ذلک المانع مقرونا بالعقد و من حین تحققه فارتفع ذلک المانع لا مانع من شمول الدلیل له بعد ارتفاع المانع، و الکبری التی أشار إلیها لو تمت انما هی فیما إذا کان خروج الفرد فی الأثناء کما حقق فی محله. فالإنصاف انه بناء علی کون حق الرهانة من الحقوق القابلة للارتفاع باذن من له الحق کما هو الحق، و لذا یجوز بیع الرهن باذن المرتهن إذا أجاز المرتهن و ارتفع المانع عن تأثیر العقد و صحته صح بمقتضی العمومات.

الثانی: ان المستفاد من تعلیل صحة نکاح العبد بالإجازة بانه لم یعص اللّه و انما عصی سیده «۱». ان کل عقد کان النهی عنه لحق الآدمی یرتفع المنع و یحصل التأثیر بارتفاع المنع و حصول الرضا.

و اورد علیه: بان الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للارتفاع باذن من له الحق،

---

(۱) الوسائل- باب ۲۴ من أبواب نکاح العبید و الإماء.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۶۷

[...]

و بعضها لا یقبل ذلک کحق الاستیلاد و الوقف و نحوهما.

و کون الرهن من قبیل الأول غیر ثابت، و مع عدم احرازه لا سبیل الی الاستدلال بعموم العلة.

و فیه: ان المستفاد من ما دل علی کفایة اذن المرتهن و ان به یجوز البیع کونه من قبیل الأول.

الثالث: فحوى ادلة «۱» صحة الفضولى.

و اورد عليه المحقق الإيروانى ره: بان من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق ام الولد موجبا لفساد البيع، فلا أولوية، بل و لا المساواة.

و فيه: انه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق ام الولد و كونه من الحقوق القابلة للارتفاع، و عليه فالاولوية واضحة، فان فى بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة و اللزوم: احداهما: فقدان رضا المالك. و ثانيتهما: عدم استناد البيع الى المالك. و فى المقام ينحصر المنع بالجهة الاولى فلا محالة يكون اولى.

و قد استدل صاحب المقابيس ره لما ذهب إليه من البطلان بما يرجع محصله الى وجوه:

منها: ان المستفاد من ظاهر الإجماعات و الاخبار المحكية تعلق النهى بالمعاملة لأمر داخل راجع الى احد العوضين لاستحقاق المرتهن اياه لا لأمر خارج كما فى البيع وقت النداء، و النهى فى المعاملات إذا كان كذلك يقتضى الفساد. ثمّ أورد على نفسه: بانه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولى.

و أجاب عنه: بان الفضولى ان باع على وجه الاستقلال بطل لذلك، و ان باع

---

(۱) راجع مبحث الفضولى من هذا الكتاب.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۶۸

[...]

على وجه النيابة عن المالك- حيث انه لا يعد تصرفا عرفا- فلا يكون منهيا عنه، فلا يكون باطلا، و لا يعقل فى المقام النيابة و البيع الاستقلالى تصرف عرفا.

و فيه: أولا: ما تقدم من عدم دلالة الادلة المشار إليها على حرمة البيع.

و ثانيا: ان النهى عن المعاملة لا يدل على الفساد.

و ثالثا: ان ما ذكره من القسمين يتصور فى بيع الراهن، فانه يمكن ان يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى الاستقلال.

و رابعا: انه قد عرفت صحة بيع الفضولى و ان كان على وجه الاستقلال لو تعقبه الإجازة.

و منها: ان البيع ان صدر عن غير المالك، فيمكن وقوعه موقوفا على الإجازة، فان له بقاء، و بالإجازة يستند الى المالك فتشمله العمومات. و ان صدر عن المالك فلا مورد لتوقفه على اجازة شخص آخر، فاما ان يصح، أو يبطل و لا ثالث. و حيث انه لا يمكن الالتزام بالصحة لكونه منافيا لحق الرهانة، فلا بد من البناء على البطلان.

و فيه: انه حيث يكون للعقد بقاء، فإذا صدر عن المالك و لم يؤثر لاقترانه بالمانع، فان ارتفع المانع يؤثر اثره.

و منها: ان التعليل الوارد فى نكاح العبد بغير اذن سيده من قوله (عليه السلام): انه لم يعص اللّه و انما عصى سيده. يدل على الفساد فى المقام، فانه يدل على ان عصيان اللّه تعالى موجب للفساد، و عصيان غيره لا يوجب البطلان لإمكان ارتفاعه كما فى نكاح العبد و بيع غير المالك، و فى المقام من جهة كونه محجوراً عليه يكون عاصيا للّه تعالى بتصرفه، و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و انما منع اللّه من تفويت حقه بالتصرف، فيكون بيعه فاسدا.

و فيه: ان المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفى، و الّا عصيان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۶۹

[...]

السید عصیان اللّه تعالی لأنه امر باطاعته و نهی عن مخالفته، بل المراد به العصیان الوضعی، فیکون مفاد التعلیل انه کلما کان عدم الصحهٔ لرعایهٔ حق الغیر القابل للاسقاط یمکن تصحیح المعاملهٔ بإسقاطه. و فی المقام حیث ان عدم الصحهٔ انما یکون لرعایهٔ حق المرتهن فیمکن تصحیحه بإجازته أو سقوط حقه، فالأظهر هی الصحهٔ فی هذا المقام ایضا.

ثمّ ان هاهنا إشکالین آخرین علی القول بالصحهٔ موقوفا علی الإجازهٔ توهم اختصاصهما بالمقام دون سائر اقسام الفضولی:

أحدهما: ما ذکره الشیخ ره بقوله: و قد یتخیل وجه آخر لبطلان البیع هنا. و حاصله: انه بناء علی الکشف یلزم ان یکون مال غیر الراهن وثیقهٔ للدین من غیر رضا صاحبه، إذ الإجازهٔ تکشف عن ملک المشتری للعین المرهونهٔ من حین البیع فلا بد اما من البناء علی بطلان البیع أو بطلان الرهانهٔ.

و فیه: ان القائل بالکشف یلتزم ببطلان الرهانهٔ من حین صدور البیع و لا یلزم محذور، مع ان هذا الإیراد مشترک الورود، فانه فی المقام ان لزم اجتماع ملک الغیر مع الرهن لزم اجتماع مالکین علی شیء واحد فی سائر اقسام الفضولی.

ثانیهما: ما ذکره الشیخ ره بقوله: و هذا نظیر ما تقدم فی مسألهٔ من باع شیئا و حاصله: ان المقام یدخل فی مسألهٔ من باع شیئا ثمّ ملکه، غایهٔ الفرق انه فی تلک المسألهٔ یصیر البائع الفضولی مالکا للمبیع، و فی المقام یصیر مالکا للبیع.

و فیه: انه علی الکشف نلتزم بکشف الإجازهٔ عن حصول الملکیهٔ من حین العقد.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۷۰

[...]

بیان فائدهٔ اجازهٔ المرتهن

و تمام الکلام فی المقام یقتضی البحث فی جهات:

الاولی: قد یقال: ان اجازهٔ المرتهن لا شأن لها فی المقام الّا من جههٔ دلالتها علی سقوط حق المرتهن، إذ الإجازهٔ فی عقد الفضولی انما تؤثر فی استناد العقد الی المالک، و بها یصیر مخاطبا ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المرتهن لا یمکن توجه هذا الخطاب إلیه فلا اثر لإجازته.

و لکنه یمکن دفعه: بان المرتهن و ان لم یکن مالکا للعین الا ان له حقا متعلقا بها، فله سلطنهٔ علیها من جههٔ کونها موضوعهٔ حقه، و علیه فله اعمال هذه السلطنهٔ فی موضوع حقه بان یجیز العقد و یمضیه و ان یرد العقد و یحله، و عدم توجه خطاب أَوْفُوا إلیه لا یصلح مانعا عن کون اجازته مؤثرهٔ فی العقد و موجبهٔ لتمامیهٔ أرکانه و مشمولا لأدلهٔ الصحهٔ و النفوذ.

هذا بناء علی القول بالصحهٔ موقوفا علی الإجازهٔ، و اما علی المختار من الصحهٔ بدونها فاجازته لا شأن لها.

الجهة الثانیهٔ:

فی ان اجازهٔ المرتهن کاشفهٔ أو ناقلهٔ

، فعلی المختار من صحهٔ عقد الراهن و عدم منافاهٔ البیع لحق الرهانهٔ لا یبقی مجال لهذا النزاع، و لا یترتب علی اجازته شیء سوی انها بالملازمهٔ تکشف عن اسقاط حقه، و لا معنی لکشف الإجازهٔ عن الاسقاط من حین العقد.

و أما بناءً علی توقف الصحهٔ علی الإجازهٔ، فعلی القول بالکشف علی القاعدهٔ نلتزم به فی المقام بعین ذلک المناط لا بالأولویهٔ إذ کما یقال فی اجازهٔ المالک انها إمضاء للعقد من حین حصوله و تکون رضا بمضمونه و هو النقل من حینه، کذلک یقال فی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۷۱

]...[

اجازة المرتهن، فانه من جهة تعلّق حقه بالعين و ثبوت هذه السلطنة له له الرضا بالعقد و إمضائه من حين حدوثه.

و أما ان التزمنا فى الفضولى بالكشف على خلاف القاعدة فلا يمكن البناء على الكشف فى المقام، إذ لا وجه للتعدى سوى ما ذكره الشيخ ره من الولاية، بتقريب: ان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى، و هى هنا من قبيل رفع المانع، فإذا كانت اجازة المالك كاشفة كانت اجازة المرتهن اولى بذلك. و هو غير تام لما ذكرناه مرارا من ان باب العقود غير باب الأسباب الحقيقية و التأثير و التأثر، و انه لا يصح تطبيق اجزاء العلة من المقتضى و الشرط و عدم المانع على اجزاء العقد و تسميتها بأسمائها، فكما ان اجازة المالك دخيلة فى الصحة من جهة كونه مالكا للمبيع، كذلك اجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلقا لحقه، مع انه لو سلم كون اجازة المالك جزء المقتضى و اجازة المرتهن من قبيل رفع المانع، لا وجه لأسراء الحكم الثابت للمقتضى لعدم المانع، لان مناطات الاحكام غير معلومة، فلعل المناط مختص به.

و أما ما ذكره الشيخ ره مؤيدا لما ذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع ان الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة، فيرد عليه: ان عدم وقوع الإيقاعات مراعاة انما قلنا به للإجماع، و حيث انه ليس فى إيقاع المالك فلا وجه للبناء على عدم الوقوع، فهذا ليس تأييدا لما ذكره.

الجهة الثالثة: فى انه

هل تنفع الإجازة بعد الرد ام لا؟

الظاهر بناء على عدم توقف الصحة على الإجازة- حيث انه لا معنى لرده سوى عدم اسقاط حقه- فله الإجازة بعد ذلك و اسقاط حقه.

و اما بناء على توقفها على الإجازة فان قلنا بان الرد يكون حلّا للعقد لم تنفع الإجازة و الا- كفت فى المقام، و ان لم تكف فى الفضولى، فان مدرك عدم كفايتها حينئذ الإجماع، و حيث انه ليس فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۷۲

]...[

المقام اجماع، فالأظهر كفايتها.

و أما ما ذكره المحقق النائينى ره من: ان الرد انما يؤثر فى المقام فى مورد فعلية حق المرتهن، و هو ما إذا حل اجل الدين، و اما لو لم يحل فلا يؤثر، فله الإجازة بعد ذلك. فيرد عليه: ان حق الرهانة انما يكون ثابتا من الأول و لا ربط له بحلول الدين، و هو موجب لتأثير رده.

حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن

الجهة الرابعة: إذا عقد الراهن على المرهون ثمّ سقط حق المرتهن اما بالإسقاط، أو بإبراء الدين، أو بأدائه. فعلى القول بان حق المرتهن متعلق بالعين لا- بالعقد و لا- ينافى مع البيع، فمن حيث الصحة لا كلام، و لكن بما انه قد عرفت انه لو كان المشترى جاهلا يثبت له الخيار لو سقط حق الرهانة قبل اعمال خياره، يقع الكلام فى انه هل يسقط خياره ام لا- و سيأتى الكلام فى ذلك فى خيار العيب فى مسألة ما لو زال العيب قبل اعمال الخيار- و اما على القول بالمنافاة و انه لا يصح العقد بدون اجازة المرتهن، فهل يصح البيع لسقوط حقه ام لا؟ وجهان، قد استدل للبطلان و عدم الصحة بوجوه:

الأول: ان المرتهن كان شريكا فى سلطان الراهن و لم يكن الراهن مالكا للبيع مستقلا، فإذا سقط حقه و صار الراهن مالكا للبيع يدخل فى مسألة من باع شيئا ثمّ ملكه، فعلى القول بالبطلان فى تلك المسألة يتعين البناء على البطلان فى المقام.

و أجاب عن ذلك الشيخ ره و تبعه المحقق النائينى ره بما حاصله: أنّه فى مسألة من باع شيئا ثمّ ملكه يكون البيع صادرا من غير المالك، فلا مقتضى للصحة، و بعد

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۷۳

[...]

صيرورته مالكا لم يصدر عنه عقد فيحكم بالفساد. و اما فى المقام فليس عدم الاثر لقصور فى المقتضى و انما هو من جهة المانع، فإذا زال اثّر المقتضى.

و فيه: ما تقدم من ان تطبيق اجزاء العلة من المقتضى و الشرط و عدم المانع على اجزاء العقد ما يعتبر فيه لا مورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات و الإثار، فلا يصح ان يقال الملكية مقتضية، و حق الرهانة مانع، بل كل ما أخذ فى العقد يكون اعتباره على حد سواء، كيف و قد صرح هو قده فيما سبق بان الملكية شرط. فالحق تمامية هذا الوجه، فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئا ثمّ ملكه.

الثانى: ان العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولا لأدلة الصحة و اللزوم، و بعده يشك فى بقاء حكم الخاص فيجرى الاستصحاب، و لا مورد للتمسك بعموم العام لعدم عموم زمانى له.

و أجاب عنه الشيخ ره: بانه من جهة العلم بمناط المستصحب و ان الخارج انما يكون من جهة حق الرهانة، فبعد سقوطه لا وجه لإجراء الاستصحاب، و يكون المقام من باب وجوب العمل بالعام.

و فيه: انه قده صرح فى الأصول بان العام المخصص فى زمان إذا لم يكن له عموم ازمانى لا يتمسك به بعد مضى الزمان المتيقن و ان لم يجر الاستصحاب.

فالحق فى الجواب ان يقال: ان المقام حيث يكون التخصيص من الأول، تعين الرجوع فى غير مورد التخصيص الى عموم العام و ان لم يكن له عموم زمانى.

الثالث: ان ظاهر بعض النصوص «۱» ان نكاح العبد لا يصح بدون اذن سيده و ان أعتق، و يكون المقام نظير ذلك.

---

(۱) الوسائل- باب ۲۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۷۴

[...]

و فيه: ان عدم نفوذ تصرف العبد ليس لأجل كونه تصرفا فى مملوك المولى خاصة بل المتصرف ايضا مملوك، و لذا لو كان موضوع التصرف غير مال المولى توقف على اجازته ايضا، فالصحيح الاستدلال له بالوجه الأول.

الجهة الخامسة: فى ان سقوط حق الرهانة هل يجرى فيه نزاع الكشف و النقل ام لا؟.

الظاهر انه لأبد من البناء على النقل فى المقام، و ان قلنا بالكشف فى الإجازة فان الإجازة إمضاء و إنفاذ للعقد الذى هو النقل من حينه، و اما سقوط الحق فهو رفع للمانع، فالعقد من حيث السقوط يكون مشمولا لدليل الصحة، فلا وجه للقول بحصول الملكية من الأول.

و ما افاده المحقق النائينى ره فى وجه إمكان البناء على الكشف على القول بالكشف فى الإجازة من ان السقوط يكشف عن كون

العقد سببا تاما فیؤثر من الأول، غیر سدید، فان هذا المعنی من الکشف لا دلیل علیه، و انما التزمنا بالکشف فی الإجازة لما أشرنا إلیه غیر الشامل للمقام.

الجهة السادسة: بناء علی توقف صحة عقد الراهن علی الإجازة أو سقوط حق الرهانة لو أوجد العقد الراهن هل یجب علیه فک الرهن من مال آخر- إذ لا یتم الوفاء بالعقد الثانی الا بذلک- ام لا یجب، فانه انما یلزم الوفاء بالبیع بمعنی عدم جواز نقضه و اما رفع حقوق الغیر و سلطنته فلا یجب؟ وجهان. اختار الشیخ الأعظم ره الثانی: و قاس المقام بمن باع شیئا لیس له، فانه لم یلزم احد بوجوب شرائه من مالکه و دفعه الی المشتری.

و لکن الأظهر لزوم الفک، و ذلک لأنه یجب علیه أداء الدین، و هو انما یکون ببیع العین المرهونة و أداء الدین منها أو أدائه من مال آخر و فک الرهن بذلک، فحیث

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۷۵

و یشترط فی المکیل و الموزون و المعدود معرفة المقدار بأحدها

انه باعها و یجب علیه الوفاء به فلیس له بیعها بشخص آخر، فیتعین الأداء من مال آخر وفاء بالعقد.

و بهذا یظهر الفرق بین المقام و بیع الفضولی، نعم لو باع الراهن قبل حلول اجل الدین لا یجب علیه الفک قبله لما ذکره ره. فالأظهر هو التفصیل، فتدبر حتی لا تبادر بالأشکال.

عدم صحة بیع ما یکال أو یوزن جزافا

اشارة

و الرابع مما یشترط فی المبیع: ان یکون معلوما فلا یجوز بیع المکیل و الموزون و المعدود الا مع معرفة المقدار بأحدها فلا یباع المکیل و الموزون و المعدود جزافا و لو کان مشاهدا کالصبرة، و لا بمکیال مجهول کقصعة حاضرة و لا العدد المجهول کملا الید و نحوها بلا خلاف، و عن غیر واحد: دعوی الإجماع علیه.

و یشهد له حدیث نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر «۱»، و جملة من النصوص:

منها: صحیح الحلبی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا بکیل معلوم و ان صاحبه قال للمشتری: ابتع منی هذا العدل الأخر بغیر کیل فان فیه مثل ما فی الأخر الذی ابتعت، قال (علیه السلام): لا یصلح الا بکیل، قال: و ما کان من طعام سمیت فیه کیلا فانه لا یصلح مجازفة، هذا مما یکره من بیع

---

(۱) الوسائل- باب ۴۰- من أبواب آداب التجارة حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۷۶

[...]

الطعام «۱». و أورد علیه بایرادات:

الأول: ان قوله (علیه السلام): و ما کان من طعام سمیت فیه کیلا ... إلخ مجمل، إذ لو کان المراد به ما بیع بکیل فما معنی لا یصح

مجازفة؟ و ان كـان المراد به مـا من شـانه ان يبـاع بكيـل- اى يقـال انه مكيـل و يكون الخطـاب الى الراوى بمـا هو من اهل العرف و العادة- فلازمه تنويع الطعام، مع انه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن.

و فيه: انه يمكن اختيـار الشق الثـانى واخـذ القيـد توضـيحيا، أو بـان يقـال ان من الطعام ما هو مكيل و منه ما هو موزون و لو فى بعض البلـدان، فيكون مفاد قوله (عليه السـلام) ذلک، ان ما يكون من الطعام مكيلا انما اعتبر فيه الكيل من جهة انه لا يصـلح بيعه مجازفة، و لازم ذلک جواز بيعه بالوزن.

الثـانى: مـا ذكره جماعـة منهم المحقق الإيـروانى ره، و هو: ان المراد من قوله: و مـا كان من الطعام سـميت ... إلـخ ان البيع إذا انعقد بعنوان الكيل كما إذا بيع منّاً من الحنطة- يعتبر الكيل فى مقام التسليم صونا عن التعقب بالنزاع و المشاجرة- فهو اجنبى عن المقام.

و فيه: ان هذا خلاف الظاهر، فانه يتوقف على تقدير كلمة قبضه أو تسليمه) بعد قوله فانه لا يصلح كما لا يخفى، و هو خلاف الظاهر.

الثالث: ان الخبر مخالف لفتوى المشـهور، فانهم أفتوا بتصـديق البائع فى اخباره بان كيل المبيع كـذا، و هـذا الصـحيح يـدل على انه لا يعتمد عليه.

و فيه: انه فى تلک المسألة انما يلتزمون بالصحة إذا وقع البيع على ما اخبر به

(۱) الوسائل- باب ۴- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ۲.

[...]

بعنوان ان كيله ما اخبر به و انه لو نقص يأخذ الزائد و لو زاد يرده، لا بيعه بما اخبر به سواء زاد أو نقص كما هو ظاهر الخبر، مع انه فى تلک المسألة يعتبرون كون البائع مؤتمنا.

الرابع: ان قوله (عليه السلام) هذا مما يكره من بيع الطعام ظاهر فى عدم الفساد.

و فيه: ان الكراهـة فى النصوص غير ظاهرة فى الكراهة المصـطلحة، بل ظاهرها المنع، مع انه لو سـلم الإجمال و عدم ظهورها فى ذلک يكون المرجع قوله (عليه السلام) (لا يصلح مجازفة، بل المحكى عن الفقيه فلا يصح مجازفة. فالأظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل فى المكيل.

و منها: موثق سـماعة: سألته عن شـراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصـلح شـرائه بغير كيل و لا وزن؟ فقال (عليه السلام): اما ان تأتى رجلا فى طعام قـد كيل و وزن تشترى منه مرابحـة فلا باس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه إذا كان المشترى الأول قـد اخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع: انى أربحک كذا و كذا و قد رضيت بكيلک و وزنک، فلا باس «۱».

و اورد عليه المحقق الأصـفهانى ره: بـان مورد الاسـتدلال ان كـان هى الشـرطية الاـولى و هى قوله: فلاـ بأس ان اشتريته ... إلـخ فمن الواضـح ان نفى البـأس عن اشترائه بلاـ كيـل و لاـ وزن لا مفهوم له الا بلحاظ موضوع الشـرطية و هو طعام قـد كيل أو وزن، و هو من مفهوم الوصف. و ان كان هى الشـرطية الثانيـة و هى قوله: إذا اخـذه المشترى الأول ... إلخ فمن البين انه تقرير لصدر الخبر حيث قال تاتى رجلا فى

(۱) الوسائل- باب ۵- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ۷.

[...]

طعام قد كيل و وزن و الشرطية إذا كانت لتحقيق الموضوع أو لتقريره لا مفهوم لها، فلا مفهوم فى القضية الا مفهوم الوصف.

و فيه: انه يدل على المفهوم من جهة وروده فى مقام التحديد كما يظهر من ملاحظة السؤال و الجواب.

و منها: غير ذلك من النصوص.

و لا ـ يخفى ان ظاهر هذه النصوص اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون، سواء ألزم من تركهما الغرر ام لا؟ كما ان مقتضى حديث نفى الغرر مانعية الغرر الشخصى، سواء أ كان العوض مما يكال أو يوزن ام لا، فالنسبة بينهما عموم من وجه، و حيث انهما مثبتان لا تنافى بينهما فيتعين العمل بالدليلين و البناء على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون، مع عدم كون البيع غرريا.

و على ما ذكرناه، فان لم يكن المبيع مكيلا أو موزونا- لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة، أو لكثرته كزبرة الحديد-، أو كان مكيلا و موزونا و لكن كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، أو كان الشىء فى أصله كذلك و لكن كان ماليته بالعرض تابعة لاعتبار من بيده زمام الامر بلا دخل للمقدار فيها كالمسكوكات- غير ما هو من الذهب و الفضة و الأوراق المطبوعة- صح البيع بلا كيل و لا وزن ان لم يلزم الغرر الشخصى كما هو المفروض.

اما فى الأول: فلعدم شمول ادلة الكيل و الوزن له و انصرافها عنه.

و أما فى الثانى: فلان الكيل و الوزن انما اعتبروا من جهة الطريقية الى معرفة المقادير و الحدود لا لخصوصية فيهما بالخصوص، كما يشهد له- مضافا الى مناسبة الحكم و الموضوع- ما دل على الاعتماد على اخبار البائع بالكيل أو الوزن، و قوله (عليه السلام) فى ذيل الصحيح المتقدم فانه لا يصلح مجازفة الدال على ان المانع

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۷۹

[...]

هو البيع جزافا. فإذا كان الحدس موجبا للاطمئنان كفى.

و أما فى الثالث: فلعدم كونه مكيلا و لا موزونا.

هذا كله فى المكيل و الموزون.

و أما المعدود فالمشهور بين الأصحاب لزوم معرفة العدد كما مر، و عن مجمع البرهان: انه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود الا عداً و ان الأصل و العمومات و حصول التراضى- الذى هو العمدة فى الدليل- دليل قوى، فإثبات خلافه مشكل.

و لكن الذى يظهر من صحيح الحلبى عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الجوز لا تستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثمّ يعد ما فيه ثمّ يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال (عليه السلام): لا بأس به «۱». من جهة ظهوره فى اعتقاد السائل، لزوم العد، و تقريره (عليه السلام) ذلك- هو لزوم العد، و به تقيد إطلاقات الادلة.

بيع المكيل بالوزن، و العكس

و استقصاء الكلام فى المقام انما يكون ببيان امور:

الأول: فى تقدير كل من المقدرات بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، و الكلام فيه فى موردين:

(۱) فى بيع المكيل وزنا و بالعكس، و قد اختلفوا فيه على اقوال، ثالثها: التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصح، و بين بيع الموزون بالكيل فلا يصح.

رابعها: التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقا الى التقدير المعتبر فى

---

(۱) الوسائل- باب ۷- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ۱.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۸۰

]...[

المبيع فى نفسه فيصح، و بين ملاحظته مستقلا فلا يصح.

فالكلام يقع فى مقامين:

الأول: فى تقدير كل منهما بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا إليه ما تعارف فيه.

الثانى: فى تقديره به مستقلا.

اما الأول: فقسّمه الشيخ ره الى قسمين، إذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، و ربما يكون مما لا يتسامح فيه.

أقول: إذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالأظهر هى الصحة لما عرفت من ان اعتبار التقدير الخاص انما هو لمعرفة حد المبيع و مقداره، و التقدير بما هو طريق الى ذلك- مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك و يخرج البيع عن كونه جزافيا- فيصح.

و يشهد له: - مضافاً الى ذلك- صحيح الحلبى المتقدم بالتقريب الذى قدمناه و خبر عبد الملك بن عمرو: قلت لابى عبد اللّه (عليه السلام): اشترى مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فأتزنهما ثمّ آخذ سائره على قدر ذلك قال (عليه السلام): لا بأس «۱».

و ما عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر، ليس من جهة هذا الخبر نفسه، فان اتزان مائة راوية زيت ليس بمتعذر، بل من جهة صحيح الحلبى الوارد فى الجوز المختص بصورة عدم الاستطاعة.

و لكن يرد عليه: انه لا مفهوم له كى يقيد إطلاق هذا الخبر به.

---

(۱) الوسائل- باب ۵- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ۱.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۸۱

]...[

و اما إذا كان التفاوت المحتمل مما لا يتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما سنذكره فى المقام الثانى، و تصحيحه بالبناء على ذلك التقدير، مخدوش، إذ البناء عليه الراجع الى شرط الخيار لو نقص لا يصحح العقد، لان ذلك لا يخرجه عن الجزافية، و لذا لا يصح البيع بالمشاهدة مبنيا على مقدار معين مما تعارف فيه.

و دعوى إطلاق الخبر، ممنوعة، فان الظاهر و لا أقل من المحتمل كون ما بقى من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه.

و أما المقام الثانى: فالمشهور بين الأصحاب على ما نسب إليهم فى محكى الرياض: جواز بيع المكيل وزناً، و عدم جواز بيع الموزون كيلا.

و استدل له الشيخ ره: بان الوزن اصل للكيل، و ان العدول الى الكيل من باب الرخصة، و عليه فبيع المكيل بالوزن ليس بيعا جزافيا بخلاف العكس.

أوفيه: لاـ إشكال فى ان الأصل للكيل هو الوزن، إذ الأغراض المعاملية العقلائية تختلف باختلاف مقادير الأشياء من حيث الخفة و الثقل، و لهذه الحيثية مراتب معينة يعبر عنها بالمثاقيل و ما دونها و ما فوقها، و ليس الكيل طريقا الى معرفة ذلك فى نفسه، فلا محالة يقدر الكيل من حيث انه يسع مقدارا من الوزن، الا انه بعد تعارف الكيل فى شىء و عدم معرفة وزنه غالبا لا محالة لا يعرف مقدار تموله بالوزن، بل يكون ذلك ايضا بيعا جزافيا.

و ربما يستدل للجواز فى الموردين بخبر وهب عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن ابيه عن الامام على (عليه السلام): لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن «۱».

(۱) الوسائل- باب ۷- من أبواب السلف حديث ۱.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۸۲

[...]

و فيه: أولا: ان الخبر ضعيف السند لوهب.

و ثانيا: انه يدل على انه يجوز ان يكون ثمن المكيل موزونا و بالعكس، و لا يدل على جواز كل من الكيل و الوزن فى مورد الآخر.

فالأظهر هو عدم الجواز مطلقا.

و لو وقعت المعاملة بعنوان معلوم عند احد المتبايعين يمكن الاستدلال لصحتها: - مضافا الى سيرة المتدينين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذى يحضرونه أو بكيله مع جهلهم بالمقدار- بان الغرر لا يلزم- بعد فرض علم المشترى بان الكيل أو الوزن المشترى به متعارف فى البلد- و نصوص اعتبار الكيل و الوزن تدل على لزوم ان يكون البيع بأحدهما.

و أما معلومية مقدار ما يوزن تفصيلا فلا تدل عليه، بل اغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل و الوزن المتعارفين فى بلدهم.

و بعبارة اخرى: ان تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافا و بالتخمين بلا وزن و لا كيل، و لا تدل على أزيد من ذلك. و لكن ثبوت السيرة المتصلة الى زمان المعصوم (عليه السلام) محل تأمل، و الظاهر صدق الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك و ان لم يصدق من حيث المالية، و النصوص انما هى فى صدد بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع لا مجرد الكيل و الوزن من حيث هما.

فالأظهر بطلان تلك المعاملة.

و أما صحيح الحلبى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر «۱».

(۱) الوسائل- باب ۶- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ۲.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۸۳

[...]

فالظاهر منه المنع عن البيع بغير صاع المصر بتدليس انه صاع المصر، فلا يدل على جواز البيع بصاع المصر و ان لم يعلم مقداره.

(۲) فى بيع المعدود بالكيل أو الوزن.

لا كلام فى انه إذا كان الكيل أو الوزن طريقا الى العد يجوز ذلك كما تقدم، و صحيح الحلبى المتقدم المختص بصورة تعذر العد لا مفهوم له كى يدل على عدم جوازه مع الإمكان، و تقريره (عليه السلام) لما فى ذهن السائل من عدم الجواز مع الإمكان غير ظاهر.

و أما إذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقية فقد اختار الشيخ ره كفاية الوزن فيه، و الظاهر ان وجهها أصالة الوزن فى التقدير مطلقا حتى

فی المعدود.

و فیه: ان أصالة الوزن لو سلمت لا تفید بعد فرض کون مناط المالیة فی شیء العدد، فانه یلزم من بیعه بالوزن الغرر. فالأظهر عدم الکفایة.

المناط فی المکیل و الموزون

الثانی: فی تعیین المناط فی کون الشیء مکیلا أو موزونا.

و قبل الشروع فی بیان المختار و دلیله، ینبغی تقدیم امور:

الأول: ان مورد البحث هو انه هل المدار علی ما کان مکیلا أو موزونا فی عصر النبی صلّی اللّه علیه و آله لا علی کیل عصره و وزنه، فانه لم یقل بذلک احد، و لا یکون ذلک رافعا للغرر.

و بعبارة اخری: مورد الکلام تعیین ما هو مکیل أو موزون لا تعیین الکیل و الوزن، إذ لا کلام فی ان المکیل یکال بالمکیل المتعارف فی کل عصر، و الموزون یوزن

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۸۴

[...]

بالمیزان المتعارف فی کل زمان. فما فی عبارة المبسوط المنقولة فی المکاسب و المکیال مکیال اهل المدینة و المیزان میزان اهل مکة لأبد من تأویله، لا سیما و قد نفی الخلاف عنه.

الثانی: ان النزاع فی المقام لیس فی مفهوم المکیل و الموزون، فان مفهومهما اللغوی واضح، و لا حقیقة شرعیة لهما قطعا، و لا تکون مکیلیة شیء أو موزونیته من الأمور الواقعیة، و یکون نظر العرف و الشرع طریقا إلیها حتی یکون الشارع مصوبا للعرف تارة و مخطئاً لهم اخری، بل هما أمران جعلیان رتب الشارع علی هذا الامر الجعلی البنائی الذی بنی العرف علیه حکما، و حیث ان الجعل و البناء یختلف باختلاف الاعصار و الأمصار، فلذا وقع النزاع فی انه هل المعیار عصر خاص و مصر مخصوص، ام المیزان صدق عنوان کون الشیء مکیلا أو موزونا؟.

الثالث: المحکی: عن ظاهر مجمع البرهان و صریح الحدائق: ان الأصحاب أفتوا بان المراد بالمکیل و الموزون ما ثبت فیهما الکیل و الوزن فی زمانه صلّی اللّه علیه و آله، و حکم الباقی فی البلدان ما هو المتعارف فیها.

و اورد علیهما صاحب الجواهر ره: بانی لم اجد ذلک فی کلام احد من الأساطین، فضلا عن ان یکون اجماعا نعم، قد ذکروا ذلک بالنسبة الی الربا، و الشیخ ره ذکر طرقا ثلاثة لاستفادة ان الفقهاء أفتوا بذلک:

الأول: ان التتبع فی کلمات الأصحاب یشهد بذلک. و ذکر منها عبارة المبسوط.

و فیه: أنّ ما افاده فی المبسوط الصریح فی ذلک خیرة التذکرة و نهایة الاحکام و المختلف و حواشی الشهید و غیرها، و هو المنقول عن القاضی کما عن مفتاح الکرامة، و لکن القدماء من الأصحاب لم یصرحوا بذلک.

الثانی: ان المقطوع به بعد التتبع ان الموضوع فی هذه المسألة و فی مسألة الربا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۸۵

[...]

واحد و هو المكيل و الموزون، و قد حمل عليه حكمان: أحدهما: عدم جواز بيعه متفاضلا. ثانيهما: عدم جواز بيعه مجازفة. فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهى مرعية فى كلتا المسألتين.

و فيه: ان ما ذكروه ان كان ضابطة لتعيين المفهوم، أو كان ضابطة لتعيين المصداق مع كونه ظاهرا فى ضبط ما هو مصداق الموضوع فى المقامين، كما إذا ذكروا المسألتين بنحو الاتصال و فى ذيلهما ذكروا ذلك تم ما افاده، و لكن بما ان ما ذكروه انما يكون فى مقام ضبط ما هو المصداق فى ذيل مسألة الربا خاصة و لا إطلاق له يشمل هذه المسألة، فلا يجدى ذلك فى المقام بعد كون ظاهر الدليل ان الموضوع فيها كل ما صدق عليه هذا المفهوم لا خصوص مصداق خاص منه.

الثالث: ما هو مركب من أمرين: أحدهما: انه يشترط عند الأصحاب فى الربا ان يكون الكيل و الوزن شرطا فى صحة بيعه.

ثانيهما: اتفاقهم على ان العبرة فى المكيل و الموزون الجارى فيه الربا على هو كذلك فى عهد الشارع الأقدس. فانه يستنتج منهما اعتبار الكيل و الوزن فى ما كان مكيلا و موزونا فى عهده.

و ان شئت قلت: بهيئة الشكل الأول ما كان وكيلا أو موزونا فى عهده يجرى فيه الربا، و ما يجرى فيه الربا يشترط ان يباع بالكيل أو الوزن، و نتيجتهما ان كل ما كان مكيلا أو موزونا فى عهده يشترط ان يباع بالكيل أو الوزن.

و فيه: ان الامر الأول- و هو الكبرى فى القياس- ان أريد به ان من شرط جريان الربا كون الكيل أو الوزن شرطا فى صحة بيعه و لو فى زمانه صلّى اللّه عليه و آله خاصة فهو حق، الا انه لا يفيد للمستدل. و ان أريد به انه من شرطه كون ذلك شرطا فى صحته الى الأبد، و ما دام يجرى فيه الربا فهو أول الكلام و غير ثابت.

]...[

فالإنصاف ان دعوى الإجماع، بل الشهرة فى المقام فى غير محلها.

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: ان الكلام يقع فى موردين:

الأول: فى بيان ما يستفاد من الادلة.

الثاني: فى ما استدل به على ما هو المنسوب الى المشهور.

اما المورد الأول: فالمستفاد منها: ان المدار فى اعتبار الكيل و الوزن على ما هو مكيل أو موزون فى زمان البيع و بلده، فما كان مكيلا أو موزونا فى زمان البيع و بلده اعتبر فى صحة بيعه ذلك، و ما لم يكن كذلك و ان كان فى زمان الشارع مكيلا أو موزونا لا يعتبر فى صحته ذلك، لان دليل اعتبار هذا الامر حديث نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن بيع الغرر «۱».

و النصوص الخاصة المتقدمة، اما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة، فان من المعلوم عدم دخل المدخلية لزمانه صلّى اللّه عليه و آله فى رفع الغرر و إثباته، و اما النصوص فالمأخوذ فيها عنوان المكيل و الموزون من دون التقييد بزمان خاص و بلد مخصوص، و مقتضى إطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند إيقاع المعاملة من حى زمانها و مكانها.

و بعبارة اخرى: قوله (عليه السلام) ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لإنشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدّر وجودها، فكل ما صدق عليه هذا العنوان يشمله هذا الحكم، من غير فرق بين الأزمنة و الأمكنة.

و أما المورد الثاني: فالمنسوب الى المشهور دعويان:

---

(۱) الوسائل- باب ۴۰ من أبواب آداب التجارة حديث ۳.

[...]

الاولى: ان العبرة فى التقدير بزمان النبى صلّى اللّه عليه و آله.

الثانية: ان ما لم يثبت كونه مكيلا أو موزونا فى عهده العبرة فيه بما اتفق عليه البلدان.

و قد استدل للأولى: بالإجماع، و بأن المراد من المكيل و الموزون المصداق الفعلى المعنون بهما فى زمان المتكلم، و بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع.

و فى الجميع نظر: اما الأول: فلما تقدم. و ما عن المبسوط من نفى الخلاف عنه، لا يدل على الإجماع، إذ عدم الخلاف فى اصطلاح القدماء محمول على امر آخر غير الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم، مع انه لو ثبت ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم.

و أما الثانى: فلان الظاهر من هذه القضية كسائر القضايا الشرعية كونها قضية حقيقية لا خارجية، أ لا ترى انه لم يتوهم احد اختصاص ما دل على حرمة تنجيس المسجد بالمساجد الموجودة فى عهد الشارع. و بالجملة: ما ذكرناه واضح.

و أما الثالث: فلما عرفت من ان النزاع فى المقام ليس فى المفهوم، فانه مبين معلوم و لا حقيقة شرعية له.

و انما الكلام فى انه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم، ام الميزان كلما صدق عليه ذلک، مع ان النصوص انما وصلت إلينا من الأئمة عليهم السلام لا ـ منه صلّى اللّه عليه و آله، فلو كان الميزان عرف المتكلّم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم و وزنه كما لا يخفى.

و استدل للثانية: بالإجماع، و بأن الحقيقة العرفية هى المرجع عند انتفاء الشرعية، و بمقطوع ابن هاشم الآتى: و لا ينظر فيما يكال أو يوزن الا الى العامة و لا يؤخذ فيه الخاصة، فان كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۲۸۸

[...]

اصل اللحم ان يوزن، واصل الجواز ان يعد.

و فى الجميع نظر: اما الأول: فلما تقدم.

و أما الثانى: فلما عرفت من ان النزاع فى المقام ليس فى مفهوم المكيل و الموزون كى يتم فيه ذلک، بل فى انه هل لمصداق خاص منه خصوصية ام لا.

و أما الثالث: فلعدم حجيته لعدم اتصال الخبر الى المعصوم، و عدم حجية قول التابعى من حيث هو، مع ان المراد بالعامة ليس جميع الناس و الا لما كان يوجد- سيما فى عصر الخبر- شىء يحرز اتفاق الناس عليه، بل المراد منه ان بناء المتعاقدين لا يكفى، بل يعتبر بناء قوم كأهل بلد عليه، فهو ينطبق على ما ذكرناه. مضافا الى انه لو أغمض عن ذلک و سلم كونه دالا على ما ذهب إليه المشهور يقع التعارض بينه و بين صحيح الحلبى الدال على ان الميزان هو ما يسمى كيلا عند المتعاقدين بما هما من افراد البلد، و المحل و الترجيح معه كما لا يخفى.

ثمّ انه بناء على ما اخترناه تسقط جملة من الفروع التى ذكرها الشيخ ره، و هو واضح.

نعم يبقى منها فرعان:

الأول: لو فرضنا كون المبيع فى بلد، و العقد فى بلد آخر، و المتعاقدين اهل بلد ثالث، و كان ذلک الشىء فى احد البلاد مقدرا بغير ما يقدر به فى البلاد الأخر، فهل العبرة ببلد المبيع كما اختاره الشيخ ره، ام ببلد العقد، ام ببلد المتعاقدين؟ وجوه: أظهرها الثالث، فانه الظاهر من صحيح الحلبى ما سميت فيه كيلا فانه موجه الى البائع.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۶، ص: ۲۸۸

الثانی: انه لو وقعت المعاملهٔ فی الصحراء و کان البلاد مختلفهٔ فی التقدیر و لم تکن الصحراء ملحقهٔ بأحدها، فان کان المتعاقدان اهل بلد لحقهما حکمه کما تقدم، و الا فلا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۸۹

[...]

یعتبر فی بیعهما الکیل و الوزن لعمومات الصحهٔ بعد عدم شمول دلیل الکیل و الوزن لهذا المورد کما هو واضح. نعم یعتبر رعایهٔ عدم الغرر.

اخبار البائع بقدر المبیع

الثالث: لو اخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه علی المشهور. و ظاهر التذکرهٔ الاتفاق علیه. الظاهر ان الغرر و ان کان یرتفع بإیقاع المعاملهٔ مبنیهٔ علی المقدار المخبر به، الا انه قد عرفت انه یعتبر الکیل و الوزن و ان لم یلزم الغرر من عدمهما، و معلوم ان بذلک لا یتحقق هذا القید، فعلی هذا یتعین الرجوع الی النصوص الخاصهٔ، و هی علی طوائف:

الاولی: ما دل علی الاعتماد علیه مطلقا: کخبر محمد بن حمران قال: قلت لابی عبد اللّه (علیه السلام): اشترینا طعاما فزعم صاحبه انه کاله فصدقناه و أخذناه بکیله، فقال: لا بأس «۱» و نحوه غیره.

الثانیهٔ: ما دل علی عدم الاعتماد علیه: کصحیح الحلبی المتقدم «۲».

الثالثهٔ: ما دل علی الاعتماد علیه فی صورهٔ الائتمان خاصهٔ: کخبر ابی العطارد عن مولانا الصادق (علیه السلام): إذا ائتمنک فلا باس «۳». و نحوه غیره.

(۱) الوسائل- باب ۵- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۴.

(۲) الوسائل- باب ۴- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۲.

(۳) الوسائل- باب ۵- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹۰

[...]

و الجمع بینها- لو سلم کون المقام مشمولا لصحیح الحلبی، و لم نقل باختصاصه بما إذا کان الاخبار عن حدس لاحس کما هو ظاهره- یقتضی تقیید إطلاق الطائفهٔ الاولی بمفهوم الثالثهٔ، و تقیید إطلاق الثانیهٔ بمنطوقها، و بذلک یرتفع التعارض.

و بما ذکرناه یظهر ما فی کلام المحقق النائینی من حمل صحیح الحلبی علی الکراههٔ، کما انه یظهر اعتبار کون المخبر مؤتمنا، و الظاهر ان هذا هو مراد الشیخ ره حیث قال: ثمّ الظاهر اعتبار کون الخبر طریقا عرفیا للمقدار.

و علی القول بالصحهٔ فلو عامل و تبین الخلاف، فتارهٔ: یکون بالنقیصهٔ، و اخری: یکون بالزیادهٔ. فالکلام یقع فی مقامین:

اما المقام الأول: فالأقوال و الوجوه فيه خمسة:

الأول: البطلان.

الثانى: الصحة لزوما.

الثالث: الصحة مع ثبوت خيار الغبن.

الرابع: الصحة مع ثبوت خيار الشرط.

الخامس: الصحة مع ثبوت خيار تبعّض الصفقة.

و تنقيح القول بالبحث فى موارد:

الأول: فى انه هل يصح ام يكون باطلا؟.

الثانى: فى انه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم أو الجواز؟.

الثالث: فى انه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط، أو خيار تبعّض الصفقة، أو خيار الغبن؟.

اما المورد الأول: فقد استدل للبطلان: بمغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ٢٩١

[...]

العقد حقيقة مغايرة حقيقية، فما وقع عليه العقد لا وجود له. افرض خمسة أمنان إذا تبين ان الموجود اربعة أمنان، و ما له وجود لم يقع عليه العقد فلا بد من البناء على البطلان.

و فيه: ان العناوين على قسمين:

أحدهما: ما هو مناط مالية الأشياء، و هى الصورة النوعية من غير فرق بين العقلية و العرفية، كعنوان الذهب، و العبد، و ما شابههما.

ثانيهما: ما ليس مناط المالية، و انما يبذل الثمن بإزاء المعنون كالكم الخاص و الحد المخصوص، فان الثمن لا يبذل بإزاء هذا العنوان بما هو كعنوان المن، بل يبذل بإزاء المعنون، اى الاجزاء الخارجية المعنونة بهذا العنوان، و ما ذكر يتم فى القسم الأول، و هو اجنبى عن المقام و لا يتم فى القسم الثانى، فانه ينحل العقد الى العقد على كل جزء جزء، فالمقدر الموجود لا مانع من تأثير العقد فيه و المقصود ليس شيئا كى يؤثر العقد فى تمليكه. و هذا بخلاف القسم الأول، فانه لا ينحل العقد فيه الى العقد على ذات الموجود و العقد على عنوانه، فان المادة المشتركة لا مالية لها و لا يبذل المال بإزائها. فالأظهر هى الصحة.

و أما المورد الثانى: فالأظهر هو الجواز، لان التراضى لم يقع بالمبيع على كل تقدير و الا بطل البيع للغرر و الجهالة. و سيجىء فى المورد الثالث زيادة توضيح لذلك.

و أما المورد الثالث: فقد ظهر مما ذكرناه فى المورد الأول وجه ثبوت خيار تبعّض الصفقة. و اما ثبوت خيار الغبن فلا وجه له، لان ذلك انما يثبت فيما إذا بيع بأزيد من القيمة السوقية، و فى المقام ربما يكون بأنقص منها كما لا يخفى، لا فى موارد تخلف المبيع جزءا و وصفا.

فما فى القواعد على المحكى من ثبوت خيار الغبن، ان كان تسامحا فى العبارة فلا كلام، و الا فهو غير تام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ٢٩٢

[...]

و اما ثبوت خيار تخلف الشرط فإنما هو فيما إذا وقع البيع مثلا على شىء و اشترط صريحا أو ضمناً فى ضمنه شىء آخر، بحيث لم

یقع شیء من الثمن بإزاء الشرط و ان کان موجبا لازدیاد قیمة المبیع، و المقام لیس من هذا القبیل، فان کل جزء من المبیع وقع بإزائه جزء من الثمن، و علیه فیسترد مقدار من الثمن وقع بإزاء الجزء المفقود، و له الخیار بین الإمضاء و الفسخ بعد ذلک.

ثمّ ان الفرق بین هذه الاقسام من الخیار انه لو کان الثابت خیار تبعّض الصفقة یرد جزء من الثمن ثمّ یتخیر بین الفسخ و الإمضاء، و لو کان هو خیار الشرط لا یرد شیء، و لو کان خیار الغبن یتخیر بینهما ما لم یبذل البائع التفاوت، و الا فلا خیار له. فتدبر.

و أما المقام الثانی: فمن التزم بالبطلان فی المقام الأول لأبد له من الالتزام به فی المقام، و لکن عرفت فساده فما عن المبسوط من البطلان ضعیف، و لا وجه لخیار الغبن کما تقدم، و لا لخیار التبعّض لعدمه، و لا لخیار الشرط لما تقدم.

و دعوی ان العقد یؤثر فی ملکیة ذات المبیع و شرط وصف خاص مباین للموجود لا یوجب الا الخیار بین الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن، و نتیجة ذلک الصحة، و کون الزیادة للمشتری و ثبوت الخیار للبائع بین الإمضاء بتمام الثمن، و الفسخ کما التزم به الشیخ ره فی باب الشروط، مندفعة بان شرط المقدار غیر سائر الشروط کما تقدم، فالعقد لا یؤثر الا فی المتقدر، و الزائد باق علی ملک البائع، و لذلک یثبت خیار تخلف الشرط للمشتری من جهة حصول الشرکة بینه و بین البائع فی ما اشتراه، و الشرکة نقص بناء المتعاملین علی عدمه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹۳

[...]

بیع الثوب و الأرض مع المشاهدة

الرابع: قال فی الشرائع: یجوز بیع الثوب و الأرض مع المشاهدة و ان لم یمسحا.

و قد صرح غیر واحد بصحة بیع مختلفة الاجزاء کالثوب و الدار و الغنم مع المشاهدة، و ادعوا ان علیها الإجماع.

و اورد علیهم جمع منهم الشیخ ره: بانه یشکل الحکم بالجواز فی کثیر من تلک الموارد لثبوت الغرر، و ظاهر بعض الموردین و صریح آخرین الحکم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

و لکن الأظهر عدم الصحة فی جملة من تلک الموارد و لو لم یلزم الغرر، و هی الموارد التی یباع الشیء بالعد و الذرع. اما فی الأول: فلما تقدم من دلالة الدلیل علی اعتبار العد فی المعدود، و اما فی الثانی: فلان العد بالذرع ایضا داخل فی حقیقة العد، و لا فرق بین ان یقال جوزة و جوزتان و ان یقال ذرع و ذرعان، و مجرد کون الأول من قبیل الکم المنفصل، و الثانی من قبیل الکم المتصل لا یصلح فارقا. نعم ما ذکروه یتم فیما یباع لا بالعد و لا بالذرع، فانه یصح البیع ان لم یلزم الغرر، کما فی العباء فان کل طاقة منه لها قیمة و هی مناط مالیته کانت اربعة اذرع أو أزید أو انقص.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹۴

و یجوز ابتیاع بعض الجملة مشاعا إذا علمت نسبته

بیع بعض من جملة متساویة الاجزاء

و الخامس: یجوز ابتیاع بعض الجملة المعلومة لا المجهولة و الا تجهل المبیع مشاعا إذا علمت نسبته کالثلث و الربع، فانه لا جهالة و لا

غرر حینئذ سواء کانت اجزائه متساویهٔ أو متفاوته بلا خلاف و فی الجواهر بل الإجماع بقسمیه علیه.

و لا یجوز ابتیاع شـیء مقـدر منه لا بقصـد الإشاعهٔ إذا لم تکن متساویهٔ الاجزاء، انما الکلام فی بیع بعضٍ من جملهٔ متساویهٔ کصاع من صبرهٔ مجتمعهٔ الصیعان أو متفرقها، و الوجوه المتصورهٔ ثلاثهٔ:

الأـول: ان یکون المراد بالصـاع الکسـر الواقعی المشاع من الجملـهٔ مقـدراً بالصاع، فلو کانت الصبرهٔ عشـرهٔ أصوع کان المبیع عشـرها، فیکون الصاع ملحوظا مرآهٔ الی الکسـر المشاع المساوی للصاع. و قد أوضحنا حقیقهٔ الإشاعهٔ فی أول مسألهٔ بیع نصف الدار، لا إشکال فی صـحهٔ البیع المـذکور من غیر فرق بین المثال و بین بیع عبد من عبدین، و من غیر فرق بین اختلاف العبدین و الاصوع فی القیمهٔ و عدمه، و من غیر فرق بین العلم بعدد صیعان الصبرهٔ و عدمه لتقدر الکسر بالصاع، و العلم بنسبته الی المجموع لا یکون معتبرا.

و عن العلامهٔ ره: الاشکال فی صحهٔ بیع عبد من عبدین أو شاهٔ من شاتین لو قصد الإشاعهٔ.

و غایهٔ ما قیل فی توجیهه أمران:

الأول: منع ظهور الکسـر المشاع من لفظ العبد و الشاهٔ، و الحال انه کما یعتبر فی الإنشائیات کون الإنشاء بما هو ظاهر أو صـریح فی ما قصد من المعاملهٔ، یعتبر ذکر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹۵

[...]

متعلق القصد بلفظ ظاهر فیه.

و بهـذا یظهر ان مـا ذکره المحقق النـائینی ره من الجواب عن هـذا الوجه بانه لیس الکلام فی مقام الاثبات کی یـدعی عـدم الظهور و انصراف المطلق الی بعض افراده بل فی مقام الثبوت، غیر تام.

و کیف کان: فیرد علیه: انه لا دلیل علی اعتبار ذکر متعلق القصد فضـلا عن اعتبار ذکره بلفظ ظاهر فیه، و علیه فمع العلم بإرادهٔ الکسر المشاع لا یضر عدم ظهور اللفظ فیه.

الثانی: ان العبدین أو الشاتین بما انه لا وحدهٔ لهما حقیقهٔ، فوحدتهما تصـحیحا لبیع جزء مشاع منهما انما تکون بالاعتبار، و حیث انه لا إنشاء له غیر إنشاء البیع، فیلزم تکفل إنشاء واحد لأمرین: تنزیل الشیئین منزلهٔ الشیء الواحد، و بیع الکسر المشاع فی المجموع.

و فیه: ان اعتبار الوحدهٔ لا یحتاج الی الإنشاء کی یلزم ذلک، فالأظهر هی الصحهٔ فی هذا المثال ایضا.

الثـانی من الوجـوه المتصورهٔ: ان یراد به بعض مردد بین مـا یمکن صـدقه علیه من الاـفراد المتصورهٔ فی المجموع، و هو علی قسـمین:

أحدهما: ما یکون له واقع معین و یکون مردداً عند المتبایعین.

ثانیهما: ما لا یکون معینا و لو فی الواقع.

اما فی القسم الأول: فان کانت المصادیق مختلفهٔ فی القیمهٔ بطل البیع للغرر، و ان کانت متفقهٔ فیها صح البیع.

و قد استدل للبطلان: بالجهالهٔ التی یبطل معها البیع اجماعا.

و فیه: ان الجهالهٔ غیر الموجبهٔ للغرر لا دلیل علی مبطلیتها، و الإجماع علیها ان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹۶

[...]

کان لیس اجماعا تعبدیا کاشفا عن رأی المعصوم.

و أما فی القسم الثانی: فالأظهر هو البطلان، لا للغرر لما تقـدم، و لا للجهالهٔ لما تقدم، و لان المردد لا تعین له فی الواقع حتی یجهل، و

لا ـ لأن الملک صفة وجودیة محتاجة الی محل تقوم به کسائر الصفات الموجودة فی الخارج واحدهما علی سبیل البدل غیر قابل لقیامها به – فانه یرد علیه ما ذکره الشیخ ره: بان الملکیة امر اعتباری و لیست صفة وجودیة متأصلة کالسواد – بل لان المردد من حیث هو لا ماهیة له و لا تحقق، و هو صرف مفهوم لا مطابق له، و الملکیة و ان کانت امراً اعتباریا، الا انها هویة تعلقیة و متقومة بطرفها، و یستحیل ان تتحقق فی أفق الاعتبار مع عدم الطرف المقوم لها، فهی لا یعقل تعلقها بالمردد.

و بعبارة اخری: انه لا ـ مطابق له فی الخارج فلا ینطبق علی ما فی الخارج، فلا یصح اعتبار کونه مملوکا لعدم الاثر، فبیع المردد بهذا المعنی باطل.

الثالث من الوجوه المتصورة: ان یکون المبیع هو الکلی فی المعین. و الکلام فیه یقع فی جهتین:

الاولی: فی تصویره.

الثانیة: فی حکمه.

اما الاولی: فلیس المراد به الکلی الذمی المقید بالوفاء من الصبرة المعینة بحیث ینحل العقد علیه الی العقد علی الکلی الذمی و اشتراط وفائه و أدائه من الصبرة الخاصة، فان لازم ذلک انه لو تلفت الصبرة یکون البیع باقیاً مع ثبوت الخیار لتعذر الشرط، مع ان الحکم فی الکلی فی المعین انه لو تلفت الصبرة یکون ذلک فی حکم تلف المبیع و موجبا لانفساخ العقد، مع ان لازمه جواز نقل الصبرة بأجمعها الی الغیر، و لا یلتزمون به فی الکلی فی المعین، و ایضا لازمه جواز أداء المبیع من غیر الصبرة، غایة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹۷

[...]

الامر یثبت خیار تخلف الشرط للمشتری، و لا یلتزمون به فی المقام.

کما انه لیس المراد به الکلی الموجود خارجاً فی الصبرة، فان وجود الکلی بوجود افراده، فمع تعدد الافراد اما ان یقع العقد علی أحدها المعین، أو غیر المعین، أو علی جمیع الوجودات، و لا رابع لیکون هو الکلی فی المعین، و صرف الوجود بمعنی ما لا یشذ عنه وجود لا یعقل انطباقه علی الوجودات المحدودة، و بمعنی الناقص للعدم لیس له مصداق حقیقة فان کل وجود بدیل عدم نفسه، بل المراد به هو الکلی المقید بالصبرة الخارجیة.

توضیح ذلک: ان الکلی کما یمکن تقییده بکلی آخر، و یکون القید و المقید کلیا ثالثا أضیق من الأولین کالحنطة المقیدة بان تکون من محل مخصوص و بلد خاص، کذلک یمکن ان یقید بالموجود الخارجی المشتمل علی افراد کالصبرة الموجودة فی الخارج، فیکون المجموع کلیا ینحصر افراده فی الموجود الخارجی.

و أما الثانیة: فقد استدل لفساد البیع فی هذه الصورة: بلزوم الغرر، و بالجهالة، و بانه لم یعهد ملک الکلی فی غیر الذمة، و باتفاقهم علی تنزیل الأرطال المستثناة من بیع الثمرة علی الإشاعة.

و لکن یمکن دفع الجمیع، اما الأول: فلعدم لزومه مع تساوی الافراد من حیث القیمة.

و أما الثانی: فلما تقدم من عدم مانعیة الجهل من حیث هو، مع انه لا جهالة هناک، فان المبیع کلی و معلوم.

و أما الثالث: فلان عدم المعهودیة ممنوع، کیف و هو معهود فی الوصیة و الإصداق، مع ان عدم المعهودیة لا یصلح دلیلا للمنع. و اما الرابع: فلان حمل الکلام علی معنی لظهوره فیه أو للتعبد لا یستدعی بطلان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹۸

[...]

غیره لو صرح بإرادته.

و بعبارهٔ اخری: انه یدل علی الحمل علی الإشاعهٔ إذا لم یحرز المراد، و محل الکلام ما لو احرز ان المراد هو الکلی فی المعین، فالأظهر صحته.

إذا باع صاعاً من صبرهٔ

اشارهٔ

السادس: لو باع صاعاً من صبرهٔ، فهل ینزل علی الوجه الأول من الوجوه الثلاثهٔ، اعنی الکسر المشاع، أو الوجه الثالث- ای الکلی فی المعین- بناء علی صحته.

و لا یخفی انه لا فرق فی هذه المسألهٔ بین ما لو کان هناک قصد معین و أرید تعیینه بظاهر اللفظ، و بین ما لم یکن قاصدا الا لمفهوم هذا اللفظ.

ثمّ انه و ان کانت الوجوه المتصورهٔ من بیع بعض من متساویهٔ الاجزاء اربعهٔ، الا انه حیث تکون النکرهٔ و الفرد المنتشر مأخوذاً فیها خصوصیهٔ من الخصوصیات زیادهٔ علی وجود الطبیعی فتحتاج ارادهٔ أحدهما الی قرینهٔ و دال آخر، و مع فقد ذلک لا محالهٔ یدور الامر بین ارادهٔ الکسر المشاع، أو الکلی فی المعین.

اللهم الا ان یقال: ان الشیخ ره یدعی ان مقتضی الوضح هو الفرد المنتشر، لکن ستعرف عدم تمامیته، و اما بناء علی مسلک الشیخ ره فلعل وجه حصره الوجوه فی الوجهین ما ذکره من ان احتمال ارادهٔ المنتشر یدفع بأصالهٔ الصحهٔ.

و کیف کان: فالکلام یقع أولا فیما یستفاد من اللفظ بحسب الظهور، ثمّ فیما یقتضیه النص الخاص.

اما الأول: فالمشهور بین الأصحاب الحمل علی الکلی فی المعین. و توضیح

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۲۹۹

[...]

المقام: ان الصاع کسائر ألفاظ اسماء الأجناس موضوع لطبیعی المعنی، و هو المقدار الخاص مع قطع النظر عن جمیع الخصوصیات، و تنوینه اما ان یکون تنویناً للتمکن و مجرد انحفاظ المادهٔ فی ضمن حرکهٔ أعرابیهٔ، أو یکون للتنکیر. و علی الأول لا یزید علی الطبیعی شیء، و الثانی و ان کان یتوهم ظهوره فی الفرد المنتشر کما فی المکاسب حیث ادعی الشیخ ره ظهوره فی ارادهٔ الفرد المنتشر، إذ لا وجه له سوی ذلک- الا انه یمکن ان یقال: ان المراد به مجرد عدم التعیین لا النکرهٔ المصطلحهٔ.

و أما کلمهٔ من فهی للتبعیض، فمفاد هذه الجملهٔ ارادهٔ صاع من الحنطهٔ غیر المتعین من جههٔ الا من جههٔ کونه بعضا من الصبرهٔ الموجودهٔ فی الخارج، فظاهرها هو الکلی المتقید بالموجود الخارجی المشتمل علی افراد خارجیهٔ، و قد عرفت ان هذا هو الکلی فی المعین.

و بعبارهٔ اخری: ان ظاهرها ارادهٔ صاع من الحنطهٔ الذی هو بعض من مجموع هذه الصبرهٔ الموجودهٔ فی الخارج، و هذا هو الکلی فی المعین، إذ الکسر المشاع بعض من الجمیع لا المجموع مضافا الی ان ارادهٔ الکسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر و هو أخذ الصاع مرآهٔ و طریقا و معرفا للعشر أو الثمن أو نحو ذلک، و هذا بخلاف حمله علی الکلی فی المعین، فانه یکون الصاع بنفسه و عنوانه مبیعا.

هذا کله بناء علی مسلک المشهور فی الکسر المشاع، و اما بناء علی ان الکسر المشاع عبارهٔ عن ملکیهٔ تمام المال بالملکیهٔ الناقصهٔ-

کما عرفت فی مسألة بیع نصف الدار– فحمل العبارة المذکورة علی الکلی فی المعین فی غایة الوضوح کما لا یخفی.

و أما النص و هو صحیح برید عن الامام الصادق (علیه السلام) فی رجل اشتری من رجل عشرة آلاف طن قصب فی أنبار بعضه علی بعض من اجمة واحدة و الأنبار فیه ثلاثون طن و قد وقعت النار فی القصب فاحترق منه عشرون الف طن.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۰۰

]...[

قال (علیه السلام): العشرة آلاف طن التی بقیت هی للمشتری «۱». فهو ایضاً یشهد بالحمل علی الکلی فی المعین، فانه لو کان المبیع کسرا مشاعا کان الباقی مشترکا بین البائع و المشتری، غایة الامر کان ینفسخ البیع بالنسبة الی المقدار التالف، فالحکم بکون الباقی للمشتری خاصة آیة الحمل علی الکلی فی المعین.

لا یقال: انه یلائم مع الفرد المنتشر ایضاً.

فانه یقال: انه بعد ما عرفت من بطلان بیع الفرد المنتشر و عدم إمکان تصحیحه و لو بالتعبد، یتعین حمل الخبر علی الکلی فی المعین.

ثمرات کون المبیع کلیا فی المعین أو مشاعا

و یتفرع علی المختار من کون المبیع کلیا امور: أحدها کون التخییر فی تعیینه بید البائع کما هو المشهور بین الأصحاب.

و خالف القوم المحقق القمی ره، و ذهب الی ان التخییر فی تعیینه بید المشتری. و الظاهر ان منشأ مخالفته للقوم قیاسه تملیک الکلی فی المعین بالأمر بالطبیعة و المشتری بالمأمور، فکما ان هناک یکون التخییر فی تعیین الفرد بید المأمور، کذلک التخییر فیه فی المقام انما یکون بید المشتری.

و فیه: ان الامر بامره یصیر مالکاً لفرد من الطبیعی علی المأمور، و فی المقام یصیر المشتری مالکا علی البائع فکان الحری قیاس المشتری فی المقام بالأمر هناک، فکما انه لیس اختیار الفرد هناک بید الامر، کذلک هنا لیس بید المشتری.

---

(۱) الوسائل– باب ۱۹– من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۰۱

]...[

و بالجملة: إذا کان البائع مملکا للکلی فی المعین یصیر المشتری مالکا لطبیعی دون الخصوصیات، فلیس له حق فی الخصوصیات لیعین بعضا منها لنفسه، فلا محالة یکون الخیار بید البائع. و هذا بخلافه علی الإشاعة، فان المال یکون مشترکا بینهما، فلیس لأحدهما التعیین الا مع رضا الآخر.

و منها: انه لو تلف بعض الجملة و بقی مصداق الطبیعة انحصر حق المشتری فیه.

و الوجه فی ذلک: انه مع بقاء مصداق واحد للکلی لا یکون الکلی تالفا، بل هو موجود، و حیث انه لا تعدد لمصداقه لا محالة یکون حق المشتری منحصراً فیه، و یکون نظیر ما لو امر بطبیعة و انحصر مصداقها فی فرد واحد، فانه یتعین کونه مأمورا به. و هذا بخلافه علی الإشاعة، فان کل ما تلف یکون مشترکا بینهما، و کذلک الباقی.

و منها: انه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا کلیا قالوا: انه إذا بقی صاع واحد کان للأول.

و قد ذکروا فی وجه تعین الصاع الباقی للمشتری الأول و یکون المبیع بالنسبة الی الثانی من قبیل ما تلف قبل قبضه أمرین:

الأول: ما افاده الشيخ ره. و حاصله: ان البائع بعد ما باع صاعا من الصبرة- التى هى عشرة أصوع- يكون مالكا لتسعة أصوع، فالمبيع الثانى يكون ساريا فيما يملكه البائع، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى ساريا فيه، فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض.

و فيه: ان تسعة أصوع للمالك بعد البيع الأول لا تميز لها واقعا كى يكون سريان الصاع المبيع ثانيا فيها. و بعبارة اخرى: كل من المبيعين يكون كليا قابلا للانطباق على كل فرد من افراد الصبرة، و ما دام لم يتلف ما عدا الصاع الواحد يكون كل منهما

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ٣٠٢

]...[

على حد سواء فى التطبيق على كل فرد منها، و لا امتياز لأحدهما على الأخر، فبعد التلف ايضا تكون هذه النسبة باقية. و ان شئت قلت: ان الأولية انما تكون فى المبيع و هو الكلى لا فى التطبيق على الفرد.

الثانى: ما افاده المحقق النائينى ره، و هو: انه إذا لم يبق الا مقدار حق أحد المشتريين فحيث ان المشترى الأول سابق على الثانى فى المعاملة، فهو سابق فى صرف الطبيعى الى نفسه، وجرة الى ملكه و جعله منطبقا على الصاع الباقى و يزاحم الأخر فى صرف الوجود من الطبيعى.

و فيه: انه إذا كان هناك تزاحم فى بادئ الامر كان ما ذكر متينا- كما لو فرضنا انه لو لم يكن له الا صاع من الصبرة- و اما إذا لم يكن التزاحم الا بقاء فمن حين حدوث التزاحم لا أولوية لأحدهما على الأخر، إذ التقدم يكون فى الحدوث، و فى ذلك الحين لم يكن تزاحم، و عليه فالأظهر انه لا ترجيح لأحدهما على الأخر، فالباقى بما ان نسبته إليهما على حد سواء فيحكم بان لكل منهما نصفا منه، و بالنسبة الى النصف الأخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض.

ثمّ ان المبيع انما يبقى كليا ما لم يقبض، و اما ان قبض فلاقباضه صور اربع:

الاولى: ان يعين الكلى فى فرد و يقبضه المشترى.

الثانية: ان يقبضه المجموع بعد تعيين الكلى المبيع فى الكسر المشاع.

الثالثة: ان يقبضه المجموع، بان يكون كل واحد منها وفاء و الكليات الأخر امانة.

الرابعة: ان يقبضه المجموع بعنوان الأمانة حتى يعين حصة الكلى فيما بعد.

لا إشكال و لا كلام فى الصورة الاولى، فانه لو تلف المقبوض يحسب على المشترى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ٣٠٣

]...[

كما لا ينبغى التوقف فى حكم الصورة الثانية، و انه يحسب التالف عليهما بالنسبة، لان التعيين بيد البائع، من غير فرق بين ان يكون بنحو الإفراز أو الإشاعة.

و أما الصورة الثالثة: فان تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، و اما ان تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليهما، فان المبيع بعد القبض على كليته من دون ان يكون متعينا فى فرد بنحو الافراز و الإشاعة، فإذا كان الباقى بمقدار المبيع فلا يكون المبيع الكلى تالفا لقابلية تطبيقه على هذا الفرد.

و أما الصورة الرابعة: فبالنسبة الى التعيين حكمها حكم الصورة السابقة.

و أما بالنسبة الى الإقباض الذى اثره انه لو تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، فالظاهر ايضا اتحاد حكمها مع الصورة السابقة،

إذ لا یعقل ان یکون مال الشخص امانة عنده، فلا محال یکون اقباضا.

الفرق بین الاستثناء و البیع

قال الشیخ قده: و انما الاشکال فی انهم ذکروا فیما لو باع ثمرة شجرات و استثنی منها أرطالا معلومة ... إلخ.

محصل الاشکال: ان الأصحاب فی مسألة استثناء الأرطال أفتوا بانه لو تلفت الثمرة سقط من المستثنی بحسابه، و لازم ذلک الحمل علی الإشاعة، و حینئذ یقع الاشکال فی الفرق بین المسألتین، حیث ان ظاهرهم فی مسألة الأرطال الحمل علی الإشاعة، و فی المقام الحمل علی الکلی فی المعین، و ایضا فان لهم فی مسألة الأرطال فتویین لا تلائمان مع الإشاعة: احداهما: انه لو تلف البعض بتفریط المشتری کان حصة البائع فی الباقی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۰۴

[...]

ثانیتهما: استقلال المشتری فی التصرف. و قد ذکروا فی مقام الفرق وجوها، و قد ذکر الشیخ ره جملة منها مع ما یرد علیها فلا حاجة الی الإعادة.

و منها: ما افاده الشیخ ره فی آخر کلامه، و حاصله: ان المستثنی کما یکون کلیا، کذلک یکون عنوان المستثنی منه الذی انتقل الی المشتری کلیا، بمعنی انه ملحوظ بعنوان کلی یقع علیه البیع، فکل منهما مالک للکلی، و نسبة الموجود الی کل منهما علی حد سواء، فتخصیص أحدهما به ترجیح بلا مرجح، فتکون نسبة التالف إلیهما علی حد سواء فیحسب علیهما. و اما فی البیع، فان المبیع و ان کان کلیا الا ان مال البائع لم یلاحظ بعنوان کلی.

و فیه: أولا: ان الخصوصیات اما ان تکون باقیة علی ملک البائع فی مسألة الاستثناء، أو تکون داخلة فی ملک المشتری. فعلی الأول: حکم المشتری فی المقام حکمه فی تلک المسألة فلا وجه لحساب التالف علیه. و علی الثانی: کان حکم المشتری هناک حکم البائع فی المقام، فلا وجه لحساب التالف علی البائع.

و ثانیا: ان ظاهر بیع المجموع الا مقداراً منها بیع الموجود الخارجی لا الکلی.

و ثالثا: انه لا یرتفع بذلک اشکال استقلال المشتری فی التصرف، کما لا یرتفع به اشکال انه لو تلف بتفریط المشتری کان حصة البائع فی الباقی کما لا یخفی.

و منها: ما افاده المحقق النائینی ره، و هو: ان المبیع فی بیع الصاع کلی و لا یملک المشتری من الخصوصیات شیئا، فما دام یکون صاع من الصبرة موجوداً لا-وجه لحساب التالف علیه، و المبیع فی مسألة الاستثناء ایضا و ان کان کلیا الا-ان البائع یملک الکلی مع الخصوصیة، فاحتساب التالف علی المشتری لا-وجه له، بل یحسب علیهما، و مقتضی استحقاقه الکلی ان یستحق الباقی لو أتلف المشتری مقدارا من الثمرة، لان حقه لم یکن مشاعا فی مال المشتری حتی یستحق القیمة، و علی هذا یرتفع اشکال

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۰۵

[...]

جواز تصرف المشتری فی الثمرة بلا رضا من البائع، لأنه لم یکن شریکا معه بعنوان الإشاعة.

و فیه: ان البائع ان کان مالکا لجمیع الخصوصیات کان المشتری کالمشتری فی مسألة شراء الصاع لا وجه لحساب التالف علیه، و ان ملک بعض الخصوصیات بنحو الإشاعة عاد سؤال الفرق، و ان ملک بعضها بنحو الفرد المنتشر بطل البیع کما تقدم.

و منها: ما افاده المحقق الأصـفهانی ره و حاصله: ان ظهور الصاع فی بیع الصاع من الصبرة فی الکلی فی المعین لا مزاحم له، و ظهوره فیه فی مسألـة الاسـتثناء مزاحم مع ظهور الاسـتثناء فی کونه متصـلا لاـ منقطعـا، و هو اقوی فلا محالـة یکون المسـتثنی جزئیا اخرج من الجزئیـات، و حیث ان الجزئی المفروز امـا مجهول أو مردد، و الأـول باطـل و الثانی محال، فلا بـد من حمله علی الجزئی بجزئیه منشأ انتزاعه و هو الکسر المشاع.

و فیه: – مضافـا الی انه بهـذا لا یرتفع اشـکال اسـتقلال المشتری فی التصـرف، و انه لو تلف المجموع بتفریط من المشتری کان حصـة البائع فی الباقی– ان اسـتثناء الکلی من المجموع لیس استثناءً منقطعا بل یکون متصلا، لان الاستثناء المتصل هو ما لو اخرج شیء لو لم یکن استثناء کان داخلا فی المستثنی منه، و فی المقام کذلک.

فالحق ان یقال: ان المسـتثنی فی مسألة الأرطال ایضا کلی، و لذا یکون المشتری مسـتقلا فی التصـرف، و لکن حیث انه لا إشکال عند العرف فی انه لو تلف المجموع الا مقدار المستثنی لیس ذلک للبائع خاصة، یستکشف من ذلک ان المستثنی هو الکلی ذو مراتب، و یکون الاسـتثناء فی قوة اسـتثنائات عدیدة متنازلة شـیئا فشیئا، فمجموع الأرطال تکون مستثناة مع بقاء مجموع الثمرة، و شیء منها نسبته الی الباقی نسبة المجموع الی المجموع مع تلف شیء منه، و عدم الاستثناء مع تلف الجمیع.

و بعبارة اخری: ان المستثنی هو الکلی المتقدر بالکسر المشاع کعنوان العشر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۰۶

[...]

مثلا، فکلما تلف یحسب علیهما لا محالـة، و مع ذلک یسـتقل المشتری بالتصـرف، و لا یلزم من ذلک غرر، فان المسـتثنی متعین و هو عشـر المجموع مثلا. و اما وجه انه لو تلف البعض بتفریط المشتری کان حصـة البائع فی الباقی، فالظاهر انه یکون هو الشـرط الضـمنی لبناء المتعاملین علی ذلک کما لا یخفی.

اقسام بیع الصبرة

قال فی محکی الروضة تبعا للمحکی عن حواشی الشهید: ان اقسام بیع الصبرة عشرة.

لا یخفی انه إذا کانت الصبرة معلومة المقدار صح بیعها فی اربعة اقسام:

أحدها: بیع جمیع الصبرة.

ثانیها: بیع جزء معلوم منها کالعشر.

ثالثها: بیع صاع أو صیعان منها مع العلم باشتمالها علی هذا المقدار.

رابعها: بیع الصبرة جمیعها کل صاع منها بکذا.

إذ المثمن فی هذه الاقسام کالثمن معلوم، و بطل فی القسم الخامس، و هو بیع کل صاع منها بکذا، لان المبیع حینئذ غیر معلوم فیکون البیع غرریا لصلاحیة انطباق کل صاع بکذا علی الواحد و الزیادة.

و عن المحقق النائینی ره: انه یظهر مما افاده الشـیخ فی بعض کتبه من صـحة الإجارة لو قال المؤجر: آجرتک الدار کل شهر بکذا فی الشهر الأول، لتضمن هذا القول اجارة هذا الشهر یقینا صح البیع فی المقام بالنسبة الی صاع واحد.

و فیه: – مضافا الی فساد المبنی کما نبه هو علیه من جهة ان تردد متعلق العقد

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۰۷

[...]

بین الأقل و الأکثر یقتضی الجهل به- انه لو تم لما أمکن البناء علی الصحة فی المقام، إذ فی الأصل یدعی ان اجارة الشهر الأول متیقنة، و ذلک الشهر ممتاز عما عداه.

و أما فی الفرع فلا یمکن ان یقال ان بیع الصاع الواحد متیقن، فانه ان أرید به الواحد الشخصی فهو لتردده بین الافراد لا یصح کما تقدم، و ان أرید به الکلی فی المعین فهو غیر متیقن، إذ لو أخذ المشتری تمام الصبرة لم یقع العوض فی مقابل الکلی فی المعین، بل وقع بإزاء الاشخاص الخارجیة. فالأظهر هو البطلان فی هذا القسم.

و أما اقسام بیع الصبرة المجهولة المقدار فلا کلام فی بطلان بیع ثلاثة اقسام منها، و هی: بیع جمیع الصبرة، و بیع جزء معین منها کالعشر، و بیع کل صاع منها بکذا.

کما لا إشکال فی صحة بیع مقدار معین منها کالصاع مع العلم باشتمالها علیه، انما الکلام وقع فی موردین:

الأول: فی حکم القسم الأخیر مع عدم العلم باشتمال الصبرة علیه.

الثانی: فی حکم بیع جمیعها کل صاع منها بکذا، الذی حکمنا فیه بالصحة فی المعلومة.

اما المورد الأول: فعن القواعد و التذکرة و حواشی الشهید و الروضة و غیرها: البطلان، و عن ظاهر الدروس و اللمعة: الصحة. و الأظهر هو الأول للغرر.

و غایة ما قیل فی وجه الصحة و منع الغرر: ان بناء العقد علی توزیع الثمن علی مجموع المبیع، فکل جزء من ذلک یقابل بجزء من الثمن، فما کان من المبیع موجوداً یصح البیع بالإضافة إلیه، و ما لم یکن موجوداً بطل بالقیاس إلیه و ثبت للمشتری خیار تبعض الصفقة.

و فیه: انه لو سلم ارتفاع الغرر بذلک، لما کان مجدیا بعد اعتبار معلومیة کیل المبیع أو وزنه ان کان مکیلا أو موزونا، مع ان ارتفاع الغرر غیر ثابت، فانه و ان ارتفع

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۰۸

و یجوز الأندار للظروف بما یقاربها

من حیث المالیة الا انه لا یرتفع من حیث الغرض المعاملی. و بعبارة اخری: الجهل بوجود المبیع غرر عرفا کما لا یخفی، فالأظهر هو الفساد.

و أما المورد الثانی: فالمشهور علی ما نسب إلیهم البطلان، و عن الشیخ فی الخلاف: انه لا مانع منه و الأصل جوازه، و عن الکفایة: انه غیر بعید.

و استدل للصحة: بان المبیع معلوم بالمشاهدة، و الثمن مما یمکن ان یعرف بان یکال الصبرة و یوزع الثمن علی قفزاتها.

و فیه: ان المعلومیة بالمشاهدة لا تکفی فیما یعتبر فی صحة بیعه الکیل أو الوزن، مع انه یلزم الغرر، فالأظهر هو البطلان.

جواز ان یندر للظروف ما یحتمل الزیادة و النقیصة

السابع و یجوز للمشتری أو للمتولی عنهما الأندار للظروف و اسقاط ما یحتمل الزیادة علی الظروف و النقیصة بلا خلاف، و عن فخر الإسلام: دعوی الإجماع علیه، و قید فی بعض الکلمات منها المتن بکون الأندار بما یقاربها.

و الکلام فی المقام یقع فی مقامین:

الأول: فیما تقتضیه القواعد.

الثانى: فيما يستفاد من النصوص.

اما المقام الأول: فملخص القول فيه: ان بيع المظروف يتصور على وجوه:

أحدها: ان يوزن مظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملة بكذا. و فى هذه الصورة لا يحتاج الى الأندار، و قد حكم الشيخ ره بصحة بيعه بناء على كفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۰۹

]...[

و لكن بناء على هذا و ان كان يتم ما افاده الا ان الكلام فى المبنى، إذ الدليل دل على اعتبار العلم بوزن المبيع، و فى المقام وزنه غير معلوم، و معلومية وزنه منضما الى شيء آخر لا تكفى. فالأظهر هو البطلان.

ثانيها: ان يوزن المظروف مع ظرفه ثمّ يباع على وجه التسعير، بان يقول: بعتكه كل رطل بدرهم. و الكلام فى هذه الصورة يقع فى جهتين: الاولى: فى انه هل يصح البيع ام لا. الثانية: فى الأندار للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

اما الاولى: فقد تقدم الكلام فيها فى مسألة بيع صاع من صبرة، و عرفت ان الأظهر هو البطلان إذا كان وزنه بتمامه غير معلوم.

و أما الثانية: فالأظهر هو الاكتفاء بما تراضيا عليه لو بنينا على صحة البيع و ان الأندار فى هذا المقام لا يضر، فلو عين مقداراً للظرف و تراضيا عليه مع احتمال الزيادة و النقيصة لا إشكال فيه، إذ البيع على الفرض تام الاجزاء و الشرائط، و التراضى انما يكون فى مرحلة تسليم حق البائع، و فى هذا المقام كما له ان يبرئ المشترى عن الثمن بتمامه أو بعضه، كذلك له التراضى على مقدار معين و إبرائه عن الزيادة لو كان، و للمشترى ايضا ان يرضى بان يأخذ البائع اكثر مما يستحقه.

ثالثها: ان يوزن الظرف و المظروف ثمّ يندر مقداراً للظرف فيبيع المظروف بعد ذلك، كما لو وزن المجموع و كان عشرة أرطال ثمّ أندر رطلين للظرف فباع المظروف الذى هو ثمانية أرطال تخمينا بعد الأندار بمبلغ معين. و فى هذه الصورة إذا كان وزن الظرف من جهة الاعتياد معلوما و اطمأن بان وزنه بالمقدار الذى أندر صح البيع للاطمئنان بوزن المبيع، فلا جهالة و لا غرر، و الا بطل البيع للجهالة و الغرر. و التراضى لا يصحح البيع الغررى، كما ان معلومية وزن المجموع لا تكفى كما تقدم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۱۰

]...[

رابعها: ان يبيع مقداراً من المظروف الذى يعلم باشتماله عليه، ثمّ فى مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه ثمّ يندر مقداراً للظرف و يسلمه الى المشترى. و فى هذه الصورة يصح البيع، إذ لا غرر و لا جهالة. و اما فى مرحلة الوفاء فحكمها حكم الصورة الاولى- فراجع- هذا ما تقتضيه القواعد.

فالمتحصل منها: ان للاندار صورتين:

احداهما: الأندار بعد البيع و فى مقام الوفاء.

ثانيهما: الأندار فى ضمن المعاملة.

و فى الصورة الاولى: الأندار لا يضر بصحة المعاملة ان كانت صحيحة فى نفسها، ثمّ هو ان كان بما هو المعتاد الذى عليه بناء العرف و العقلاء لا يعتبر فيه التراضى، و الا اعتبر فيه ذلك.

و فى الصورة الثانية: ان كان بالمتعارف صح البيع، و الا بطل حتى مع التراضى. و اما بحسب الاخبار: فما ورد من النصوص فى المقام ثلاثة.

الأول موثق حنان قال: سمعت معمر الزیات قال لابی عبد اللّه (علیه السلام): انّا نشتری الزیت فی زقاقه و یحسب لنا فیه نقصان لمکان الزقاق فقال (علیه السلام): ان کان یزید و ینقص فلا باس، و ان کان یزید و لا ینقص فلا تقربه «۱».

الثانی: خبر علی بن ابی حمزة قال: سمعت معمر الزیّات یسأل أبا عبد اللّه (علیه السلام) فقال: جعلت فداک انی رجل أبیع الزیت- الی ان قال- قلت: فانه یطرح لظروف السمن و الزیت لکل ظرف کذا و کذا رطلا فربما زاد و ربما نقص.

فقال (علیه السلام): إذا کان ذلک عن تراض منکم فلا بأس «۲».

---

(۱) الوسائل- باب ۲۰- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۴.

(۲) الوسائل- باب ۲۰- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۱.

الثالث: خبر علی بن جعفر عن اخیه موسی (علیه السلام) عن الرجل یشتری المتاع وزنا فی الناسیة و الجوالق فیقول ادفع للناسیة رطلا أو اقل أو اکثر من ذلک، أ یحل ذلک البیع؟ قال (علیه السلام): إذا لم یعلم وزن الناسیة و الجوالق فلا باس إذا تراضیا «۱».

و الکلام فی هذه الروایات یقع فی جهات:

الاولی: فی سندها.

فالأولان موثقان، و اما الثالث فلیس فی طریقه من لم یوثّق الّا عبد اللّه بن الحسن. ثمّ ان الغالب علی الظن کون الأولین حاکیین عن قضیة واحدة، إذ من المستبعد سؤال الزیّات عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) مسألة واحدة مرتین. و اللّه العالم.

الثانیة: فی ان موردها هو الأندار بعد البیع أو الأندار فی ضمن المعاملة.

ظاهر قوله فی موثق حنان فیحسب لنا النقصان ترتب حساب النقصان علی الاشتراء، فهو من الأندار بعد المعاملة لتسلیم حق المشتری إلیه و ان أبیت عن ذلک فلا اقل من احتماله فی مقابل احتمال کون الفاء تفسیریة و بیانا لکیفیة الاشتراء، فلا یمکن استفادة حکم مخالفة للقاعدة منه.

و أما خبر علی بن ابی حمزة فان کان متحداً مع خبر حنان فلا کلام، و الا فیمکن ان یقال انه مهمل من هذه الجهة.

و أما خبر علی بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فیقول ... إلخ علی اشتراء المتاع کون الأندار بعد البیع، و ما فی ذیله أ یحل ذلک البیع قابل للحمل علی ارادة حلّیة البیع بلازمه من حیث ان الأندار من توابع البیع المتعلق بما له ظرف. و علیه

---

(۱) الوسائل باب ۲۰- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۳.

فهذا الخبر ایضا ظاهر فی الأندار بعد البیع، و قد مر أن جواز الأندار بعد البیع مما تقتضیه القواعد، فإذاً ما تقتضیه القواعد و تدل علیه النصوص هو جواز الأندار بعد البیع الذی هو المتعارف من الأندار، و الظاهر ان ما هو المشهور بین الأصحاب ایضا ذلک.

الثالثة: فی القیود المعتبرة فیه.

ظاهر موثق حنان فی بادئ النظر اعتبار احتمال الزیادة و النقصان، و ظاهر الأخیرین اعتبار التراضی. و قد یقال فی الجمع بین النصوص

کما عن صاحب الجواهر ره: بانه یحمل الموثق علی صورة العادة المقتضیة للاندار بذلک المقدار، و لذا لم یعتبر فیه التراضی، و یحمل الخبرین الأخیرین علی ما إذا لم تکن هناک عادة، و لذا اعتبر فیهما التراضی.

و فیه: انه جمع تبرعی لا شاهد له.

و قد یقال کما فی المکاسب: ان المعول خصوص الموثق، و الظاهر انه لضعف سند الأخیرین، أو ضعف سند الأخیر و اتحاد الأول منهما مع الموثق، و هو ظاهر فی اعتبار الاعتیاد من حیث ظهوره فی کون حساب المقدار الخاص متعارفاً، و اعتبار عدم العلم بزیادة المحسوب عن الظروف بما لا یتسامح به فی بیع کل مظروف بحسب حاله.

لکن: ما افاده ره من ان المعول خصوص الموثق متین. و اما ما افاده من ان ظاهره کون حساب المقدار الخاص متعارفا، فیرد علیه: ان ظاهره کصریح خبر علی ان ابی حمزة احتمال الزیادة و النقصان، و هذا لو لم یختص بصورة عدم التعارف لا یکون مختصا بصورة التعارف کما لا یخفی.

و الحق ان یقال: ان الزیّات حیث لم یکن سائلًا عن معاملة شخصیة بل کان سؤاله عن حکم ما هو شغله فلا محالة یکون المراد من قوله (علیه السلام) ان کان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۱۳

و یشترط فی کل مبیع ان یکون مشاهدا أو موصوفا بما یرفع الجهالة

یزید أو ینقص الزیادة و النقیصة فی نوع المقدار المندر فی نوع هذه المعاملة بحیث قد یتفق فی بعض المعاملات الزیادة و فی بعض أخر النقیصة الذی هو الاحتمال الثالث فی المتاجر فلا محالة یصیر ذلک سببا لاحتمال الزیادة و النقیصة فی کل معاملة شخصیة. فمراده (علیه السلام) انه ان کان یحتمل الزیادة و النقیصة لا محالة یتراضیان. و اما ان کان یحتمل خصوص الزیادة فقد لا یرضی المشتری ففیه بأس.

فالمتحصل منه: اعتبار التراضی لا غیر، فیتحد مفاده مع الأخیرین.

فتحصل: انه لا یستفاد من النصوص غیر ما یستفاد من القواعد.

فی کفایة المشاهدة و عدمها و الخامس مما یشترط فی کل مبیع:

ان یکون مشاهدا أو موصوفاً بما یرفع الجهالة

اشارة

و الا کان باطلا للغرر و الجهالة.

و هذا لا إشکال فیه، کما لا إشکال فی الصحة فی ما لو وصفه بما یرفع الجهالة، انما الکلام فی کفایة المشاهدة.

و قد صرح غیر واحد بصحة بیع مختلفة الاجزاء کالثوب و الدار و الغنم مع المشاهدة، و ادعوا ان علیها الإجماع.

و اورد علیهم جمع منهما الشیخ ره: بانه یشکل الحکم بالجواز فی کثیر من تلک الموارد لثبوت الغرر، و ظاهر بعض الموردین و صریح آخرین الحکم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

و لکن الأظهر عدم الصحة فی جملة من تلک الموارد و لو لم یلزم الغرر، و هی الموارد التی یباع الشیء بالعد و الذرع.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۱۴

]...[

اما فی الأول: فلما تقدم من دلالـهٔ الدلیل علی اعتبار العد فی المعدود. و اما فی الثانی: فلان العد بالذرع ایضا داخل فی حقیقهٔ العد، و لا فرق بین ان یقال جوزهٔ و جوزتان و ان یقال ذرع و ذرعان، و مجرد کون الأول من قبیل الکم المنفصل، و الثانی من قبیل الکم المتصل، لا یصلح فارقا.

نعم ما ذکروه یتم فیما یباع لا بالعد و لا بالذرع فانه یصح البیع ان لم یلزم الغرر، کما فی العباء، فان کل طاقهٔ منه لها قیمهٔ و هی مناط مالیته کانت اربعهٔ اذرع أو أزید أو انقص.

کفایهٔ مشاهدهٔ العین سابقا

و فیما یکفی المشاهدهٔ لصحهٔ العقد لو شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد: فلا اشکال فی صحهٔ العقد مع قضاء العادهٔ ببقائها علی ما هی علیه، کما لا إشکال فی الفساد مع قضاء العادهٔ تغیرها عن صفاتها السابقهٔ الی غیرها المجهول عند المتبایعین للزوم الغرر، انما الکلام فی موردین:

الأول: فی انه لو اقتضت العادهٔ التغیر هل یمکن تصحیح العقد باخبار البائع أو الاشتراط فی ضمن العقد ام لا؟.

الثانی: فی حکم ما لو احتمل الأمران.

اما الأول: فالظاهر صحهٔ البیع مع اخبار البائع إذا کان مؤتمنا، أو اشتراط تلک الصفات فی ضمن العقد. اما مع اخبار البائع فللنصوص «۱» الواردهٔ فی اخبار البائع

(۱) الوسائل باب ۵- من أبواب عقد البیع و شروطه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۱۵

]...[

بالکیل أو الوزن المتقدمهٔ بناءً علی إلغاء خصوصیهٔ موردها و التعدی الی سائر الخصوصیات التی یکون الجهل بها موجبا للغرر، و اما مع الاشتراط فلارتفاع الغرر به.

و أما المورد الثانی: فقد أفاد الشیخ ره: انه جاز الاعتماد علی أصالهٔ عدم التغیر و البناء علیها فی العقد فیکون نظیر اخبار البائع بالکیل أو الوزن، لان الأصل من الطرق التی یتعارف التعویل علیها.

و فیه: ان الغرر لا یرتفع بالأصل. و ان شئت قلت: انه انما یجری الاستصحاب فیما کان الاثر مترتبا علی المتیقن، و اما بالنسبهٔ الی اثر العلم فلا یکون الاستصحاب مفیداً بالإضافهٔ إلیه، فان الاستصحاب ان جری و حکم ببقاء الحالهٔ السابقهٔ مع تحقق الشرائط من الیقین السابق و الشک اللاحق و ثبوت الاثر للمتیقن تترتب علیه آثار العلم التی تکون مترتبهٔ علیه من حیث انه موجب للجری العملی علی طبق الحالهٔ السابقهٔ دون غیرها. و اما إذا لم یکن هناک اثر للمتیقن فلا یجری کی یقوم مقام القطع فی تلک الإثار، و فی المقام ان ارتفاع الغرر بما انه من آثار العلم فلا یترتب علی الاستصحاب، مضافا الی انه من آثار العلم بما هو طریق لا بما انه مقتض للجری العملی، و علیه فلا یفید الاستصحاب فی المقام.

و لکن مع ذلک یمکن تصحیح العقد: بان إیقاع المعاملهٔ علی العین المرئیهٔ سابقا یکون له ظهور عرفی فی اشتراط وجود تلک الصفات، و لیست هی من قبیل الأوصاف التی لا دخل لها فی العقد کی لا یکفی مجرد البناء، بل هی من قبیل الأوصاف التی تقع المعاملهٔ مبنیهٔ علیها التی هی بمنزلهٔ الأوصاف المذکورهٔ. و لا إشکال فی ارتفاع الغرر بذلک، اللهم الا ان یقال ان ارتفاع الغرر من

حیث المالیة بذلک و ان کان لا إشکال فیه کما فی سائر موارد الاشتراط، الا ان الغرر من حیث الغرض المعاملی لا یرتفع به. فتأمل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۱۶

فان وجد علی الوصف و الا کان له الخیار

و کیف کان: فان وجد علی الوصف و الا کان له الخیار بلا خلاف معتد به.

و تفصیل القول: ان صور البیع بالرؤیة القدیمة ثلاث:

الاولی: العلم العادی ببقاء تلک الصفات.

الثانیة: اخبار البائع بها.

الثالثة: إیقاع المعاملة مبنیا علیها.

اما فی الصورة الاولی و الثانیة. فالأظهر صحة العقد و لزومه، اما الصحة فلما تقدم، و اما لزومه فلانه لا موجب للخیار لا خیار الغبن لان ذلک الخیار مورده زیادة القیمة السوقیة أو نقصـها، و لا خیار الرؤیة لما سیأتی من اختصاصه بما إذا اشترط الوصف، و لا خیار الشرط لعدمه، و لا غیر ذلک، و هو واضح.

و أما فی الصورة الثالثة: فالأظهر ثبوت خیار الشرط لما تقدم.

و ما عن المصنف فی نهایة الاحکام من احتمال البطلان، یمکن ان یکون مدرکه احد امور:

الأول: ما افاده الشیخ ره من ان العقد إذا وقع علی الشیء الموصوف انتفی متعلقه بانتفاء صفته، و الا فلا وجه للخیار.

الثانی: ان المعتبر فی صحة العقد عدم کونه بنفسه غرریا، و الاشتراط لا یرفع غرریة البیع.

الثالث: ان الشرط الذی لم یذکر فی العقد لا عبرة به.

و الجمیع کما تری اما الأول: فللنقض بجمیع الشروط، و للحلّ، فان الشرط التزام فی ضمن التزام. و سیأتی توضیح ذلک فی محله.

و أما الثانی: فلان الشرط یوجب رفع الغرر عن البیع و عدم کونه غرریا.

و أما الثالث: فلان الشرط غیر المذکور فی العقد علی قسمین: الأول: ما یقع

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۱۷

[...]

العقد مبنیا علیه و یکون له ظهور عرفی فیه. الثانی: ما لا یکون کذلک و ما ذکر یتم فی الثانی من جهة انه فی باب العقود و الإیقاعات لاـ عبرة بالبنـاءات القلبیـة مـا لم تبرز، و لاـ یتم فی الأـول، إذ لا یعتبر فیها غیر الإبراز شـیء آخر من کون الإبراز بالدلالـة المطابقیـة لا الالتزامیة فالأظهر هی الصحة و الخیار.

حکم ما لو اختلفا فی التغیر

فرعان:

الأـول: لو اختلفـا فی التغیر فادعـاه المشتری، فعن المبسوط و التـذکرة و الإیضـاح و جـامع المقاصـد و المسالک و غیرها: تقـدیم قول المشتری، و استدلوا له بـأصول سـتمر علیـک، و قبـل بیانهـا لأبـد و ان یعلم ان مورد الکلاـم فی هـذا الفرع مـا لو اتفقا علی الصـفات الموجودة حـال العقـد و کان الاختلاف فی انها هی الصـفات المرئیـة أو ان الصـفات المرئیـة کانت غیرها، لاما لو اتفقا علی الصـفات المرئیـة و کان الاختلاف فی انها کانت باقیـة الی حین العقد ام لا، فانه فی هذه الصورة یجری استصـحاب بقائها علی ما کانت علیه، و

هو حاكم على جميع الأصول المفروضة، و ايضا الغرض من الأصول التى تمسكوا بها تشخيص المدعى عن المنكر، و اما انه على فرض كون المشترى منكراً يثبت له الخيار فهو انما يكون بموازين باب القضاء من اليمين و البينة.

فإيراد المحقق الخراسانى ره على القوم منهم الشيخ بان الخيار لا يثبت بالأصل لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به، فى غير محله.

إذا عرفت هذين الأمرين فاعلم: ان الأساطين القائلين بتقديم قول المشترى استندوا الى وجوه:

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۱۸

]...[

الأول: ان المشترى هو الذى ينتزع منه الثمن، و لا ينتزع منه الا بإقراره أو بينة تقوم عليه، و ليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقة المشترى بالثمن بناء على ان الخيار من مراتب العلقة الملكية التى كانت قبل البيع، إذ المبنى فاسد لان الملكية من سنخ الوجود، و ليست ذى مراتب، بل المراد به ظهور اليد فى كون المشترى مسلّطا على الثمن بالتصرف فيه و لو بالفسخ، فحينئذ ان كان الثمن بيده فلا كلام و الا فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن.

و فيه: ان يد المشترى على الثمن بعد المعاملة يد أمانيه و ليست امارة تسلطه عليه، و ادعاء المشترى تسلّطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

و الشيخ ره بعد هذا الجواب قال: الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفى فى سلطنة البائع ... إلخ.

و حاصله: انه بناء على ما ذكره المصنف ره فى التذكرة من ان البائع لا يكون مسلّطا على تسلم الثمن فى زمان الخيار كما ان المشترى لا يكون مسلطا على تسلم المثمن فى ذلك الزمان، يصير البائع مدعيا و المشترى منكراً لموافقة قوله للأصل من وجه آخر، و هو انه مع الشك فى ثبوت الخيار يشك فى حدوث سلطنة كل من البائع و المشترى، و الأصل عدمها، فمقتضى الأصل عدم تسلّط البائع على تسلم الثمن من المشترى، فإذا صار المشترى منكرا ثبت له الخيار بمقتضى قوانين باب القضاء. ثمّ قال: انه لا مدفع لهذا الأصل الا أصالة عدم سبب الخيار.

و الحق فى الجواب عن هذا الوجه ما افاده الشيخ ره فى مبحث الخيارات بقوله: انى لا أجد لهذا الحكم وجها معتمداً، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه. و لا ينافيه ما افاده فى مبحث خيار المجلس بما حاصله: انه لو قلنا بوجوب التقابض فى عقد الصرف و السلم، فثمره الخيار واضحة و هى عدم وجوب التقابض كما توهمه المحقق

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۱۹

]...[

النائينى ره، فان الظاهر ان مراده انه لو ثبت الخيار حيث ان له الفسخ لو فسخ لما وجب التقابض، و هذه ثمرة الخيار لا انه لا يجب التقابض مع عدم الفسخ.

و أما تفصيل المحقق المذكور بين الخيارات الزمانية و غيرها، و انه يتم ما افاده العلامة ره فى القسم الأول دون الثانى من جهة ان حقيقة الخيار فى القسم الأول عبارة عن كون امر العقد بيد ذى الخيار، فجميع آثاره تحت تصرفه و منها التسليم و التسلم، و اما فى القسم الثانى فحقيقته عبارة عن ثبوت حق الاسترداد ما لم يصل الى ذى الخيار عوضه، فالخيار ابتداء لا يرجع الى العقد بل ثانيا، فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على ادلة سلطنة الناس على أموالهم، فيجب على المشترى تسليم الثمن و ان جاز له استرداده بعده. فغير تام، فان حقيقة الخيار فى القسمين واحدة و هى ملك فسخ العقد و إقراره، و لا يؤثر هذا الا من حين وقوعه فيرفع اثر البيع لا انه يكشف عن عدم صحة البيع من الأول، و لذا يجب التسليم فى القسمين ما لم يتحقق الفسخ.

الوجه الثانی: ان البائع یدعی علم المشتری بهذا الوصف الموجود و الرضا به، و المشتری ینکره، و الأصل مع المشتری. ذکره المصنف فی محکی التذکرة.

و أجاب عنه الشیخ ره بجوابین:

أحدهما: ان المشتری یدعی علمه بالوصف الأخر الذی یدعیه الذی هو منشأ ثبوت الخیار لتخلّف الوصف، و الأصل عدمه، فالبائع یکون منکراً و المشتری مدعیا.

ثانیهما: ان الشک فی علم المشتری بهذا الوصف و علمه بغیره مسبب عن الشک فی وجود غیر هذا الوصف سابقا، فإذا انتفی غیره بالأصل الذی یرجع إلیه أصالة عدم تغیر المبیع لم تجر أصالة عدم علمه بهذا الوصف.

و فی کل من الاستدلال و جوابی الشیخ ره نظر، اما الأول: فلان أصالة عدم علم المشتری بالوصف الموجود لا تثبت وقوع البیع علی الموصوف بالوصف الأخر الا علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲۰

]...[

القول بالأصل المثبت. و به یظهر ما فی الجواب الأول الذی ذکره الشیخ ره، إذ لا یثبت بالأصل المزبور وقوع البیع علی الموصوف بهذا لوصف الموجود.

و أما الثانی: فلان حکومة الأصل السببی علی المسببی انما تکون فیما إذا کانت السببیة شرعیة لا فی مثل المقام مما تکون السببیة عقلیة.

الوجه الثالث: ان الأصل عدم وصول حق المشتری إلیه کما عن جامع المقاصد.

و فیه: ان حقه من العین واصل إلیه قطعا، و من الوصف المفقود غیر ثابت، و استصحاب بقاء کلی الحق من قبیل الاستصحاب فی القسم الثالث من اقسام استصحاب الکلی، و لا تقول به، فهذه الوجوه لا تتم، و لذلک قال الشیخ:

و یمکن بناء المسألة علی ان بناء المتبایعین حین العقد علی الأوصاف ... إلخ.

و حاصله: انه ان کان الوصف من قیود المبیع و کان الالتزام التزاما وحدانیا متعلقا بعنوان المتصف بالصفات، کان الأصل مع المشتری لرجوع النزاع الی وقوع العقد علی الشیء المطلق بحیث یشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود، و عدمه و الأصل مع المشتری، و ان کان فی قوة اشتراطها، علی ان یکون هناک التزامان، کان الأصل من البائع لرجوع النزاع فی التغیر و عدمه الی النزاع فی اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود علی البائع، و عدمه و الأصل مع البائع.

أقول: ان ما هو محل البحث من قبیل القسم الثانی، و ذلک لوجهین:

الأول: ان تقیید المبیع و تضییقه یختص بالکلی، فانه قابل لذلک، و لا یکون الشخصی کذلک، و تعلیق البیع علی الوصف موجب للبطلان، فلا محالة یکون من قبیل الالتزام به فی ضمن العقد.

الثانی: ان البیع بالرؤیة القدیمة انما صححناه بالاشتراط، فراجع ما ذکرناه،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲۱

]...[

و علیه فالأصل مع البائع.

و ربما یقال فی تقریب ان الأصل مع البائع وجوه أخر:

منها: أصالة عدم وقوع العقد علی العین المقیدة بالوصف المفقود لیثبت الجواز.

و فیه: انه ان أرید بها ما هو مفاد لیس التامة، فهی لا تفید، فان عدم وقوع العقد المتصف بالوصف المفقود لا أثر له الا ان یثبت به وقوعه علی المتصف بالوصف الموجود أو المطلق غیر المقید بشیء من الوصفین، و ان أرید به ما هو مفاد لیس الناقصة، فلا حالة سابقة له.

ثمّ ان الشیخ ره نظر المقام بالشک فی کون الماء المخلوق دفعة کراً من أصله، بدعوی ان أصالة عدم کریته نافعة غیر جاریة، و أصالة عدم وجود الکر جاریة غیر نافعة فی ترتب آثار القلة عن الماء المذکور.

و فیه: انه فی الماء المخلوق دفعة من جهة ان آثار القلة آثار للماء غیر المتصف بعنوان الکریة یمکن اجراء عدم الکریة الأزلی کما ذکرناه فی الجزء الأول من هذا الشرح مفصلا، و اما فی المقام فلا یمکن ذلک من جهة ان موضوع اللزوم هو العقد الواقع علی المتصف بالوصف الموجود أو المطلق لا علی العقد غیر الواقع علی المتصف بالوصف المفقود، فلا تنفع أصالة العدم الأزلی فی المقام بخلافه فی المثال.

و منها: أصالة اللزوم.

و فیه: ان الشک فی الجواز و اللزوم مسبب عن الشک فی وقوع العقد علی المتصف بالوصف الموجود و عدمه، فإذا جری الأصل فی السبب لا یبقی شک فی اللزوم کی یرجع الی اصالته.

و منها: العمومات المقتضیة للزوم العقد الحاکمة علی الأصول العملیة المتقدمة، مثل ما

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲۲

]...[

دل علی حرمة أکل المال إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ «۱»، و عموم لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه «۲»، و عموم الناس مسلطون علی أموالهم «۳».

و فیه: ان هذه العمومات قد خصصت بأدلة الخیارات، فمع الشک فی الخیار تکون الشبهة مصداقیة، و لا یرجع فیها الی العمومات.

و منها: ان موضوع الخیار المعاوضة الواقعة علی مال لا ینطبق علی المدفوع، فإذا شک فی تلک فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذکورة.

و فیه: ان موضوع الخیار هو عدم کون العین الخارجیة منطبقة علی ما وقع العقد علیه. و بعبارة اخری: عدم دفع البائع العنوان الذی وقع العقد علیه الی المشتری، و الأصل موافق له، مع انه لو سلم ما ذکر لما کان یثبت به اللزوم.

و منها: ان أصالة عدم تغیر المبیع واردة علی الأصول المذکورة، لان الشک فیها مسبب عن الشک فی تغیر المبیع.

و فیه: انه ان أرید بذلک استصحاب عدم التغیر من حیث انه بنفسه حادث من الحوادث، فهو لا یفید لعدم کونه موضوع الاثر، و ان أرید به استصحاب المعنون ففیه: أولا: انه من الاستصحاب القهقهری، لأنه یراد اثبات کون الصفة الموجودة کذلک حین العقد. و ثانیا: ان استصحاب کون هذه الصفة موجودة لا یکفی، فان موضوع الاثر وقوع العقد علی المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حین العقد.

---

(۱) النساء آیة ۲۹.

(۲) الوسائل باب ۳ من أبواب مکان المصلی- و المستدرک ج ۱ ص ۲۲۲ و الاحتجاج ص ۲۶۷.

(۳) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث و ج ۱ ص ۱۵۴ الطبع القدیم.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲۳

[...]

فتحصل مما ذکرناه: انه ان کانت الأوصاف من قبیل الشرط و الالتزام فی الالتزام کان الأصل من البائع، و الا فمع المشتری.

و لو ادعی البائع الزیادهٔ الموجبهٔ لخیار البائع.

فبناء علی ما اخترناه من ان أوصاف المبیع فی البیع بالرؤیهٔ القدیمهٔ مع الشک فیها، انما تکون کالشروط الخارجیهٔ من قبیل الالتزام فی الالتزام، و علیه بنینا فی المسألهٔ المتقدمهٔ ان الأصل مع البائع، لأبد من البناء فی المقام علی ان الأصل مع المشتری، لان البائع یدعی ان الشرط غیر هذا الوصف الموجود، و المشتری ینکره، و الأصل عدمه.

و أما بناء علی کونها من قیود المبیع یکون الأصل مع البائع بعکس المسألهٔ السابقهٔ، فان المشتری یدعی وقوع البیع علی هذا المتصف بالوصف الموجود، و البائع ینکره، و الأصل معه.

و بذلک ظهر ان ما بنی علیه الشهید ره من ان الأصل مع المشتری فی المسألتین لا ینطبق علی القواعد.

و أما ما افاده المحقق النائینی ره فی توجیه ما افاده الشهید ره: بان الغالب یقدم البائع علی البیع کائنا ما کان و لا ینظر الی الوصف الزائد علی ما رآه المشتری سابقا، فغیر تام، إذ کما تختلف رغبات المشتری فی مقام الاشتراء کذلک تختلف رغبات البائع سیما فی الأوصاف الموجبهٔ لاختلاف القیمهٔ وجودا و عدما کما هو واضح.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲۴

[...]

لو اختلفا فی تقدم البیع علی التغیر و تأخره عنه

الفرع الثانی: ما لو اتفقا علی التغیر بعد المشاهدهٔ و وقع العقد علی الوصف المشاهد و اختلفا فی تقدم التغیر.

و الکلام فی هذا الفرع یقع فی موضعین:

الأول: فیما إذا صارت قیمته بعد التغیر اقل و کان المدعی للخیار هو المشتری، الثانی فیما إذا صارت قیمته أزید و کان المدعی للخیار هو البائع.

اما الموضع الأول: فالکلام فیه یقع فی موردین:

أحدهما: بناء علی ان تلف الوصف بعد البیع و قبل القبض یوجب الخیار.

ثانیهما: بناء علی عدم کونه موجبا للخیار.

و قبل الشروع فی بیان الحق لأبد من تقدیم مقدمهٔ، و هی: انه ربما یکون متعلق الحکم هو الفعل المتعلق بالموصوف المتصف بوصف حال وجود الوصف، و ربما یکون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف.

مثال الأول: ما لو وجب إکرام زید العالم.

و مثال الثانی: موارد ضمان الأوصاف، فانه مترتب علی الاستیلاء علی الوصف نفسه.

و فی القسم الأول إذا کان الوصف متیقنا سابقاً و مشکوکا فیه لاحقاً یجری فیه الاستصحاب و یترتب حکمه بضم الوجدان الی الأصل، فلو کان زید عالما و شک فی بقاء علمه یستصحب ذلک و یکون إکرامه متعلقا للوجوب، و فی القسم الثانی لا ـ یکفی استصحاب بقاء الصفهٔ، لان لا یثبت به کون الفعل متعلقا به، فلو کان الغنم سمینا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۲۵

[...]

سابقاً و شك في سمنه حال الغصب لا يكفى استصحاب بقاء السمن فى الحكم بضمان هذا الوصف المترتب على غصب الوصف ايضا. و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محل آخر.

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه فى المورد الأول: يكون الأصل مع المشترى لأصالة عدم وصول حقه إليه، و أصالة عدم التغير و بقاء الوصف الى زمان القبض لا- يثبت قبض الصفة الذى هو موضوع اللزوم فلا- تجرى، و كذا لا تجرى أصالة عدم القبض الى ما بعد التغير، فإنها ايضا لا تثبت وقوع القبض على فاقد الوصف الذى هو موضوع الخيار، فهذان الاصلان لا يجريان. و اما أصالة اللزوم فهى محكومة لاستصحاب عدم وصول حق المشترى إليه.

و فى المورد الثانى: يكون الأصل- و هو أصالة اللزوم و أصالة عدم التغير و بقاء الوصف الى حين البيع الجارية و المفيدة فى المقام من من جهة ان الاثر و هو اللزوم انما يترتب على وقوع البيع على الموصوف فى حال وجود تلك الصفة- مع البائع.

و ما عن بعض من: ان الأصل الثانى معارض مع أصالة عدم وقوع البيع الى زمان التغير، يرده: انه لا أثر لهذا الأصل، لان الخيار انما يترتب على وقوع البيع على الفاقد لذلك الوصف.

و أما ما افاده الشيخ ره من: ان الأصل مع المشترى و هو أصالة عدم وصول حقه إليه، فغير تام، لأنه على الفرض بعدم وصول حقه إليه لا يكون موجبا للخيار لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجبا للخيار، فكيف باستصحابه.

و أما الموضع الثانى: و هو ما لو ادعى البائع الخيار، بان كانت العين فى حال المشاهدة فاقدة الوصف و البيع وقع عليها مع عدم الوصف و صارت بعد ذلك واجدة له، و ادعى البائع تقدم وجود الصفة على البيع و القبض، و المشترى يدعى التأخر

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۲۶

و لو افتقرت معرفته الى الاختبار جاز بيعه بالوصف ايضا

فظاهر كلام الشيخ ان الأصل مع البائع، و صريح كلام المحقق النائينى ره ذلك.

و لكن الحق ان الأصل مع المشترى، إذ مضافا الى أصالة اللزوم تجرى أصالة عدم التغير و عدم وجود الوصف الى حين البيع، و لا تعارضها أصالة عدم البيع الى زمان التغير، إذ لا يثبت بها وقوع البيع فى حال وجود الوصف.

لزوم الاختبار

مسائل:

الاولى: لأبد و ان يختبر الطعم و اللون و الرائحة فيما يختلف باختلاف ذلك كما فى كل وصف يكون كذلك بلا خلاف لدفع الغرر، انما الكلام فى كفاية الوصف عن الاختبار و عدمها، و إلى الحكمين أشار فى المتن قال: و لو افتقرت معرفته اى معرفة ما يراد شرائه الى الاختبار اى اختبار الطعم أو الذوق أو الشّم جاز بيعه بالاختبار، و بالوصف ايضا القائم مقام الاختبار كما يقوم مقام الرؤية، بلا خلاف و لا إشكال فى شيء من ذلك.

و تفصيل القول فى هذه المسألة: انه تارة تختلف قيمة الشيء باختلاف أوصافه الثلاثة، و اخرى لا تختلف. و على الأول: قد يكون واجد الوصف صحيحا و فاقده فاسدا، و قد يكونان معا من مراتب الصحيح.

اما فى القسم الأول: فلا ينبغى التوقف فى بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف و اشتراط و لو ضمنى للغرر، من غير فرق

بین کون الفاقد فاسد أو مما لا مالیة له المترقبة من ذلک الشیء، و بین کونه معیبا. و هناک قول آخر، و هو: القول بصحة البیع اعتمادا علی أصالة السلامة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲۷

[...]

و فیه: انه لا دلیل علیها لا من بناء العقلاء و لا من الشرع، اما الأول: فلأنهم فی اموراتهم لا یبنون علی السلامة ما لم یطمئنوا بها، و ما اعترف به الشیخ ره من بنائهم علیها فی ما إذا کان الشک فی طروء المفسد، غیر سدید، لأنهم فی ذلک المورد ایضا لا یبنون علیها مع عدم الاطمئنان و ما یری من إیقاع المعاملة علی الشیء من دون اطمئنان بسلامته انما یکون من جهة الشرط الضمنی. و سیأتی الکلام فیه.

و أما الثانی: فلان ما یتوهم کونه دلیلا علیها لیس الا الاستصحاب، و هو لا یجری فی المقام، لان الاثر مترتب علی الاحراز دون المتیقن.

کما لا ینبغی التوقف فی صحة البیع مع العلم بالوصف بالاختبار أو غیره، أو اخبار البائع به ان کان مؤتمنا، أو اشتراط وجوده و لو بالشرط الضمنی لارتفاع الغرر بجمیع ذلک.

اما بالأول: فواضح.

و أما بالثانی: فلما دل علی حجیة خبر الواحد فی الموضوعات «۱»، و ما دل علی کفایة اخبار البائع بالکیل أو الوزن ان کان مؤتمنا «۲» بعد إلغاء خصوصیة المورد.

و أما بالثالث: فان کان الشرط صریحا واضح، و ان کان ضمنیا- ای کان القید من القیود التی بناء المتعاملین علیها- فلما تقدم إجمالا، و سیأتی تفصیله من انه بحکم ذکر الشرط و لیس من قبیل البناء القلبی المجرد کی یقال انه لا عبرة به فی باب العقود و الإیقاعات.

و خبر محمد بن العیص عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل اشتری ما

(۱) الحجرات آیة ۶.

(۲) الوسائل- باب ۵- من أبواب عقد البیع و شروطه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲۸

و بتخیر مع خلافه

یذاق یذوقه قبل ان یشتری؟ قال: نعم فلیذقه و لا یذوقن ما لا یشتری. لا یدل علی لزوم الاختبار، فانه سؤالا و جوابا فی مقام بیان جواز الذوق لا وجوبه.

و أما فی القسم الثانی: فما ذکرناه فی هذا القسم یجری فیه طابق النعل بالنعل، و الفرق بینهما انه لا مجال فی هذا القسم لاحتمال الاستناد الی أصالة السلامة.

و أما فی القسم الثالث: فالأظهر صحة البیع مع الجهل بالوصف و ان لم یشترط وجوده لعدم لزوم الغرر.

ثمّ انه فی القسم الأول لو تبین فقد الوصف، فان کان الفاقد مما لا مالیة له بطل البیع، لأنه حینئذ بنظر العرف الفاقد غیر الواجد حقیقة، فما وقع علیه العقد لا واقع له، و ما له واقع لم یقع علیه العقد.

و بعبارة اخری: مع عدم المالیة للمبیع لا یصدق عنوان البیع، و ان کان الفاقد معیبا و له مالیة ایضا صح البیع و ثبت خیار العیب.

و أما فی القسم الثانی، فان کان البیع مع اشتراط وجود الوصف و لو ضمنا ثبت خیار تخلف الشرط، و ان کان مع الاختبار أو اخبار البائع لم یثبت الخیار، لا خیار تخلف الشرط لعدمه، و لا خیار الغبن لان مورده زیادهٔ القیمهٔ السوقیهٔ أو نقصها، و لا خیار العیب لعدم کونه معیبا.

و بما ذکرناه ظهر ما فی إطلاق کلام المصنف و یتخیر مع خلافه.

و قد نسب الخلاف فی هذه المسألهٔ الی المفید و القاضی و سلار و أبی الصلاح و ابن حمزهٔ، و ظاهر کلماتهم کصریح الحلی تعین الاختبار و عدم کفایهٔ التوصیف. و بما ذکرناه یظهر ما فی کلماتهم.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۲۹

و لو ادی اختباره الی الإفساد جاز شرائه

حکم شراء ما یفسده الاختبار

و لو ادی اختباره الی الإفساد جاز شرائه من دون اختبار اجماعا.

محصل الکلام فی المقام: ان الأوصاف التی تختلف المالیهٔ باختلافها علی قسمین:

الأول: ما یوجب فقده کون الفاقد غیر صحیح.

الثانی: ما لا یوجب فقده ذلک بل یکون الواجد و الفاقد من مراتب الصحیح.

اما فی الأول: فیجوز البیع مع التوصیف أو الاشتراط و لو بنحو الشرط الضمنی کما تقدم فیما لا یفسده الاختبار، و لا یصح البیع بدون ذلک للزوم الغرر.

و أما الاعتماد علی أصالهٔ السلامهٔ فقد عرفت فی المسألهٔ المتقدمهٔ ما فیه.

و أما ما عن جماعهٔ من الاکتفاء بالبراءهٔ من العیوب، فان کان المراد بها ما تقدم و هو براءهٔ المبیع من العیوب فهو متین، الا انه یرجع الی اشتراط الصحهٔ، و ان کان المراد بها براءهٔ البائع عن عهدهٔ العیوب فیرد علیه: ان ذلک یوجب الغرر المبطل للبیع، و لا وجه للقول بصحهٔ البیع معه.

و أما فی القسم الثانی: فان کان الوصف مما یمکن ضبطه و توصیفه اعتبر ذلک دفعا للغرر، و الا جاز بیعه و ان لم یکن الوصف محرزا بلا اختبار للإجماع علی عدم لزومه.

و الوجه فی ذلک: اما انه لا یلزم الغرر من جهة ان لهذه الأمور عند العرف مالیهٔ معینهٔ، و ان کان لو انکشف کونها واجدهٔ للوصف تصیر مالیتها أزید الا انه ما لم ینکشف ذلک یکون لها مقدار معین من المالیهٔ، أو لأنه علی فرض لزوم الغرر السیرهٔ القطعیهٔ المستمرهٔ توجب تخصیص دلیل الغرر «۱».

---

(۱) ص ۲۸۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۳۰

فان خرج معیبا أخذ أرشه و ان لم یکن له قیمهٔ بعد الکسر أخذ الثمن

و الظاهر ان نظر صاحب الجواهر ره المدعی للسیرهٔ علی بیع ما یفسده الاختبار بمجرد المشاهدهٔ الی هذا القسم، و اما فی القسم الأول فقد عرفت انه یمکن ان تکون السیرهٔ من جهة البناء علی السلامهٔ بنحو الشرط الضمنی.

و كيف كان: فان خرج معيبا أخذ أرشه ان لم تكن له قيمة بعد الكسر أخذ الثمن.

و محصل الكلام فى المقام: انه ان كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر و نحوه، فربما يكون للفاسد مقدار من المالية، و لكنه اقل من مقدار الصحيح. و ربما لا تكون له المالية، فان كان له مقدار من المالية، فان كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الأجوف الذى لا يصلح الا للإحراق، لا إشكال فى فساد البيع، فان ما وقع عليه العقد غير موجود، و الموجود لم يقع عليه العقد.

و بعبارة اخرى: ما قصد لا واقع له، و ما له واقع لم يقصد، و ان كان ذلک معيب الصحيح صح البيع و ثبت خيار العيب، و ان لم تكن له مالية بطل البيع لتقومه بتبديل المال.

و أما ان كان التبين بعد التصرف بالكسر و نحوه، فان كان للفاسد مالية و كان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لا وجه لبطلان البيع، و يسقط خياره للتصرف، فيتعين عليه أخذ الأرش. و لو كان التصرف الكسرى بالمقدار اللازم فى الاختبار، فهل يكون ذلک مانعا عن الرد أولا؟ وجهان، لا يبعد أظهرية الثانى، فان البيع بشرط الصحة يتضمن شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقف عليه الاختبار، و ليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف. و ان كان بنظر العرف مبايناً للصحيح بطل البيع، و ان لم تكن للفاسد مالية، فالكلام فيه فى مواضع:

الأول: ان المبيع الفاسد الذى لا مالية لمكسوره كالبيض هل له مالية قبل

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۳۱

[...]

الكسر من جهة ان العقلاء يبذلون بإزائه المال رجاء للسلامة و ليس المال الا ما يبذل بإزائه المال، ام ليس له مالية نظراً الى ان المالية تنتزع من كون الشىء موضوعا لأثر يميل العقلاء إليه و يكون موردا لرغبتهم؟ وجهان: أقواهما الثانى، و عليه فيكون البيع فى الفرض باطلا من أصله من جهة انكشاف عدم المالية.

الثانى: انه على تقدير المالية قبل الكسر، هل ينفسخ البيع من حين الكسر و تبين الفساد- كما عن الشهيد ره نظراً الى ان الخروج عن المالية بالكسر حيث انه لأمر سابق على العقد فيكون مضمونا على البائع- ام لا ينفسخ من جهة ان الخروج عن المالية ليس لأمر سابق و هو فساده فانه أوجب نقصا فى المالية، ثمّ بالكسر ذهب المقدار الباقى فعلا، وجهان: أقواهما الثانى.

فان قلت: انه يمكن تصحيح كلام الشهيد ره بان يقال: انه بالكسر يظهر العيب، فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتا قطعا، و فى ذلک الحين يتلف المبيع فيكون تالفا فى زمان الخيار، فتشمله قاعدة التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له «۱».

قلت: أولا: ان الكسر إتلاف لا تلف، و القاعدة مختصة بالتلف.

و ثانيا: انها مختصة بالخيارات الزمانية بأنفسها، و خيار العيب ليس زمانيا بذاته.

الثالث: انه على تقدير المالية قبل الكسر و عدم انفساخ البيع، هل يسترجع ما يوازى تمام الثمن، ام يسترجع تفاوت ما بين الصحيح و المعيب؟ وجهان: أقواهما الثانى، فان الموجب للأرش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده.

و دعوى ان الحادث فى زمان الخيار ايضاً موجب له، مندفعة بان الحادث بالاتلاف ليس موجبا له كما هو واضح.

---

(۱) الوسائل- باب ۵ و ۸- من أبواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۳۲

و لا يجوز بيع السمک فى الأجمة و لا اللبن فى الضرع و لاما فى بطون الانعام و يجوز لو ضم معها غيرها

المسألة الثانية: و لا يجوز بيع السمك فى الأجمة و لو كان مملوكا مقدورا على تسليمه لجهالته و لا اللبن فى الضرع و لاما فى بطون الانعام.

و هذا كله لا كلام فيه.

و انما الكلام فيما ذكره بقوله: يجوز لو ضم معها غيرها.

بيع المجهول منضما الى المعلوم

و الأقوال فى المسألة- اى فى بيع المجهول مع الضميمة- ثلاثة: أحدها: الجواز مطلقا ذهب إليه السيد فى محكى الانتصار.

الثانى: ما هو المشهور بين الأصحاب و هو عدم الجواز كذلك.

الثالث: ما عن المختلف و شرح الإرشاد و غيرهما، و هو التفصيل بين ما إذا كان المجهول تابعا للمعلوم فيصح البيع، و بين ما إذا لم يكن كذلك فيبطل.

و الحق يقتضى البحث فى موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى: فى مقتضى النصوص الخاصة.

اما الموضع الأول: فان لم يكن المجهول تابع لا كلام فى البطلان للغرر، و اما التابع فله معان: أحدها: ما عن العلامة فى القواعد و التذكرة، و هو: ان التابع ما أخذ شرطا فى المبيع فى مقابل ما جعل جزء منه، و عليه فعلى القول بالتفصيل لا فرق فى الصحة فى صورة الاشتراط بين ان يكون الشرط أصلا فى الغرض أو تابعا، كما لا فرق فى البطلان على الجزئية بين الصورتين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۳۳

[...]

و أورد على ذلك المحقق الثانى: بان هذا الفرق ليس بشىء لان العبارة لا أثر لها.

و رده المحقق النائينى ره: بان الجزء يقسط عليه الثمن، فإذا كان مجهولا- يفسد البيع، و هذا بخلاف الشرط، فان الثمن يقع بإزاء المشروط، و هو معلوم.

أقول: تارة يكون الالتزام البيعى أجنبيا عن الالتزام الشرطى، و انما أخذ الأول ظرفا للثانى خاصة من جهة انه لا عبرة بالالتزام الابتدائى، كما لو كان الالتزام البيعى لزيد، و الشرطى لعمرو و اخرى يكونان مرتبطين. اما فى الصورة الاولى: فيتم ما افاده المحقق النائينى ره، و لا يتم فى الثانية، فان المبيع و ان كان معلوما الا انه من جهة تفاوت مالية المبيع بالعرض بوجود الشرط و عدمه لا محالة يلزم الغرر فيبطل لذلك.

ثانيهما: ما يظهر من الشهيدين و المحقق الثانى، و هو: ان التابع هو ما يعد فى العرف من التوابع، كمفتاح الدار و حمل الام و البيض فى جوف الدجاجة، و نحو تلكم.

و على هذا ايضا لا نظر الى الغرض الشخصى أو النوعى، و الأظهر فى التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين ما لو جعل التابع جزء للمبيع، و بين ما لو أخذ شرطا. و فى الأول جهالته موجبة للغرر، و فى الثانى لا توجب ذلك. و الشاهد على هذا التفصيل هو اهل العرف، فانهم يفرّقون فى صدق الغرر بين الموردين.

ثمّ ان التابع بهذا المعنى قسمان: الأول ما لا يدخل فى ملك المشترى لو لم يصرح فى العقد. الثانى: ما يكون بناء العرف و العقلاء على تبعيته فى الملكية للمبيع ما لم يصرح بخلافه. فتدبر حتى لا يختلط الموردان.

ثالثها: ما یظهر من العلامة فی المختلف، و هو: ان المراد بالتابع ما یکون تابعا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۳۴

]...[

بالنسبة الی الغرض من المعاملة، سواء أ کان غرضا نوعیا أو شخصیا، مثل ما لو أراد شراء السرج و کان مالکه لا یبیعه بدون الفرس فاشتراهما معاً، فان الفرس تابع بهذا المعنی، و الظاهر ان جهالة التابع بهذا المعنی مضرة و موجبة للغرر.

رابعها: ما یظهر من المحقق القمی و صاحب الجواهر، و هو: ان التابع ما هو کذلک فی الجعل و التبانی و ان کان هو المقصود بالأصالة و انما یجعل تبعا تخلصا عن الغرر نظیر ما یستعمله بعض الناس فی التخلص من المخاصمة بعد ذلک فی الذی یراد بیعه لعارض بإیقاع العقد علی شیء معین معلوم لا نزاع فیه و یجعل ذلک من اللواحق. و الظاهر عدم کفایة ذلک، و الا لزم تجویز بیع کل مجهول. و ان شئت قلت: ان الجهالة توجب غرریة المعاملة، و مجرد البناء علی کونه تابعا لا یوجب رفع الغرر.

و أما الموضع الثانی: فملخص القول فیه: ان بعض النصوص یدل علی انه یصح بیع مجهول الوجود مع الضمیمة، کصحیح ابن محبوب عن الکرخی قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): ما تقول فی رجل اشتری من رجل أصواف مائة نعجة و ما فی بطونها من حمل بکذا و کذا درهما؟ فقال (علیه السلام): لا بأس ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ماله فی الصوف «۱». حیث ان المفروض فیه الجهل بوجود ما فی البطون.

و بعضها یدل علی صحة بیع مجهول الحصول مع الضمیمة، کموثق سماعة عن اللبن یشتری و هو فی الضرع فقال (علیه السلام): لا الا ان یحلب لک منه أسکرجة فیقول اشتر منی هذا اللبن الذی فی الاسکرجة و ما فی ضروعها بثمن مسمی، فان لم یکن فی الضرع شیء کان ما فی الاسکرجة «۲». فتأمل، فانه قابل للحمل علی الجهل

---

(۱) الوسائل- باب ۱۰- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۸- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۳۵

]...[

بالوجود.

و بعضها یدل علی صحة بیع مجهول الصفة مع الضمیمة، کمرسل البزنطی عن مولانا الصادق (علیه السلام): إذا کانت اجمة لیس فیها قصب اخرج شیء من سمک فیباع و ما فی الأجمة «۱».

و خبر ابی بصیر عنه (علیه السلام) فی شراء الأجمة لیس فیها قصب انما هی ماء قال (علیه السلام): تصید کفا من سمک اشتری من هذا السمک و ما فی هذه الأجمة بکذا و کذا «۲». فإنهما ظاهران فی صحة بیع المجهول من حیث المقدار بضمه الی المعلوم بنحو الجزئیة.

و اورد علیها: الشیخ ره: بأنها متضمنة لجواز بیع المجهول مع ضمه الی مجهول آخر، إذ الأصواف علی ظهر مائة نعجة فی روایة الکرخی مجهولة بنفسها و لا یصح بیعها منفردة، و المستخرج و المتصید من السمک اللذان تضمنهما مرسل البزنطی و خبر ابی بصیر غیر معینین، و ما فی الاسکرجة من اللبن غیر معلوم الوزن، و علی هذا فلم یفت احد بمضمونها فلا بد من رد علمها الی أهلها.

و فیه: ان إطلاقات النصوص واردة فی مقام بیان شیء آخر و هو تصحیح بیع المجهول لا تصحیح بیع الضمیمة، فلا مورد للتمسک

بإطلاقها من هذه الجهة.
و بعبارة اخرى: ان النصوص انما سیقت لبیان انه یمکن تصحیح بیع المجهول بالضمیمة و لیست فی مقام بیان ما یعتبر فی الضمیمة، فلا یصح التمسک بإطلاقها من تلک الجهة، فالحق انها تدل على صحة بیع المجهول بالضمیمة، و لکن لا تختص تلک

---

(۱) الوسائل- باب ۱۲- من أبواب عقد البیع حدیث ۲.
(۲) الوسائل- باب ۱۲- من أبواب عقد البیع حدیث ۶.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۳۶
و لاما یلقح الفحل و یجوز بیع السمک فی فاره و ان لم یفتق

بصورة کون المجهول تابعاً، و تکون مختصة بموارد خاصة و لیست لها إطلاق أو عموم یتمسک به للتعدى عنها.
و قد مر الکلام فی المکاسب المحرمة فی مبحث بیع المنى انه لا یجوز بیع ما یلقح الفحل فلا نعید ما ذکرناه.

بیع المسک فی الفار

و الثالثة: المشهور بین الأصحاب انه یجوز بیع المسک فی فاره و ان لم یفتق و لو بإدخال خیط فیه و شمه، و هو مقتضى العمومات و السیرة.
و استدل لعدم الجواز بوجهین:
أحدهما: أنه دم و لا یجوز بیع النجس.
و أجاب عنه الشیخ ره: بانه لیس بنجس للنص «۱» و الإجماع.
و یمکن ان یجاب عنه- مضافا الى ذلک بوجهین-:
أحدهما: عدم کونه نجسا اما للاستحالة- فتدبر- أو لان المادة من أصلها لیست مادة دم بل هی جرم خاص.
ثانیهما: انه لا دلیل على بطلان بیع دم الذى ینتفع به منفعة محللة معتد بها، کما تقدم تفصیل القول فی ذلک فی الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.
الثانی: انه مجهول و لا یجوز بیع المجهول کما تقدم.
و فیه: انه تارة یحتمل الفساد، و اخرى لا یحتمل ذلک، و یکون الفاقد لوصف

---

(۱) الوسائل- باب ۴۳- من أبواب لباس المصلی و باب ۹۵ و ۹۷ من أبواب آداب الحمام.
فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۳۷
و بیع الصوف على ظهر الغنم،

محتمل من مراتب الصحیح.
اما فی الصورة الاولى: فقد أفاد الشیخ ره: ان فی بناء العرف على أصالة الصحة فی نفی الفساد. و قد تقدم ما فی ذلک فی المسألة السابقة.
و الحق انه مع اخبار البائع بالسلامة ان کان مؤتمنا أو اشتراط الصحة و لو بالشرط الضمنی یصح البیع لارتفاع الغرر. اما بالأول: فلما دل

علی حجیة خبر الواحد فی الموضوعات «۱»، و ما دل علی کفایة اخبار البائع بالکیل أو الوزن ان کان مؤتمنا «۲» بعد إلغاء خصوصیة المورد.

و أما بالثانی: فلما تقدم فی المسألة السابقة، و بدون ذلک لا یکون البیع صحیحا للغرر.

و أما فی الصورة الثانیة: فان لم تختلف القیمة باختلاف الأوصاف صح البیع بلا کلام لعدم الغرر، و ان کان یختلف به القیمة. فیصح مع اخبار البائع، أو الاشتراط و لو ضمنا، و بدونه یحتمل الوجهان: وجه البطلان لزوم الغرر، و وجه الصحة سیرة المتشرعة من التجار و غیرهم علی البیع بدون الاختبار. و الأحوط ان یختبر بفتقهما بإدخال خیط فیها بابرة ثمّ إخراجه و شمه.

و اما بیع الصوف علی ظهر الغنم فقد ظهر حکمه مما مر.

---

(۱) الحجرات آیة ۶.

(۲) الوسائل- باب ۵- من أبواب عقد البیع و شروطه.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۳۸

و لا بد ان یکون الثمن معلوما قدرا و وصفا بالمشاهدة أو الصفة

اعتبار العلم بقدر الثمن

الرابعة: کما لا بد و ان یکون المبیع معلوما کذلک لأبد و ان یکون الثمن معلوما قدراً و وصفا بالمشاهدة أو الصفة بلا خلاف، و قد تکرر فی کلماتهم دعوی الإجماع و الاتفاق علیه، و صاحب الحدائق خالف الأصحاب فی خصوص ما إذا باع بحکم المشتری للنص، و الإسکافی خالفهم فی ما إذا باع بسعر ما باع. و المدرک له حدیث نفی الغرر المتقدم.

و یؤیده التعلیل فی روایة حماد بن میسر عن جعفر عن ابیه (علیه السلام): انه کره ان یشتری الثوب بدینار غیر درهم، لأنه لا یدری کم الدینار من الدرهم «۱».

و قد استدل صاحب الحدائق ره لما ذهب إلیه: بصحیح رفاعة النخاس قال: قلت لابی عبد اللّه (علیه السلام): ساومت رجلا بجاریة له فباعنیها بحکمی فقبضتها منه علی ذلک ثمّ بعثت إلیه بألف درهم فقلت: هذه الف درهم حکمی علیک ان تقبلها، فابی ان یقبلها منی و قد کنت مسستها قبل ان ابعث إلیه بالثمن، فقال: اری ان تقوّم الجاریة قیمة عادلة فان کان قیمتها اکثر مما بعثت إلیه کان علیک ان ترد إلیه ما نقص من القیمة، و ان کان ثمنها اقل مما بعثت إلیه فهو له، قال: قلت: جعلت فداک ان وجدت بها عیبا بعد ما مسستها؟ قال: لیس لک ان تردها و لک ان تأخذ قیمة ما بین الصحة و العیب منه «۲».

و اورد علیه الشیخ ره: بان التأویل فیه متعین لمنافاة ظاهره لصحة البیع

---

(۱) الوسائل باب ۲۳- من أبواب احکام العقود حدیث ۴.

(۲) الوسائل- باب ۱۸- من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۳۹

[...]

و فساده، إذ لو کان البیع صحیحا لزم تعین المسمی دون القیمة الواقعیة، فلما ذا امر (علیه السلام) بتقویم الجاریة بقیمة عادلة؟ و ان

كان فاسداً فلما ذا حكم بتعين ما بعث إليه ان كانت القيمة الواقعية اقل؟ و لهذا التزم بانه يحمل على ارادة التوكيل فى التقويم و البيع بعده بما يتعين فى نظره لا ـ بالقيمة الواقعية، و الامر برد ما نقص انما هو من جهة خيار الغبن، فكما انه إذا عين الموكل القيمة فظهر الغبن له الخيار كذلك إذا عينها الوكيل، و انما عين ذلك من جهة انه حيث لا حاجة للموكل فى الجارية و الوكيل محتاج إليها، فيسقط خياره ببذل التفاوت أو يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت ام ولد.

و أجيب عن ذلك بجوابين: ما افاده المحقق الإيروانى ره، و هو: ان ما ذكره يتم لو كان المراد من البيع بحكم المشترى فى الرواية البيع بتعيينه المطلق، اما إذا كان المراد تعيينه لقيمة المثل و يكون تعيينه طريقيا محضاً لا موضوعيا فيكون المراد من البيع بحكمه هو البيع بقيمة المثل من غير دخل لحكمه على وجه الموضوعية، فلا حاجة الى التأويل، بل تنطبق الرواية على القاعدة.

و فيه: - مضافا الى انها لا ـ تنطبق على القاعدة إذ مقتضى القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقيمة المثل للغرر- ان ما افاده يستلزم استرجاع الزائد ان كانت قيمتها اقل مما بعثه إليه، فهذا لا يلائم مع حكمه بعد الرجوع الى الزائد.

ثانيهما: انه يحمل على ارادة تعيينه بحكمه و ان تعيينه يكون موضوعا، و لكن يشترط ان لا يكون اقل من قيمة المثل، و عليه فلو كانت القيمة السوقية اقل كان ما بعثه إليه له، و لو كانت أزيد لا بد من رد الزائد لاشتراطه.

و فيه: انه خلاف الظاهر جدا، و ان تم ما افاده الشيخ ره و لم نورد عليه بان متعلق الوكالة ان كان هو البيع بقيمة المثل خاصة، كان البيع بغيره فضوليا، و ان كان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۴۰

و لا يجوز ان بدينار غير درهم نسيئة و لا نقداً مع جهل نسبته إليه، و يشترط ان يكون مقدورا على تسليمه

عاما لغيره لم يكن وجه لثبوت خيار الغبن، و ايضا لا وجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت، و الا فيرد الصحيح الى اهله. و على اى تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة.

و الظاهر من خبر حماد المتقدم انه لا يجوز ان يبيع شيئا بدينار غير درهم نسيئة و لا نقدا مع جهل نسبته إليه.

اعتبار القدرة على التسليم

اشارة

و السادس مما يشترط فى كل من العوضين: ان يكون مقدورا على تسليمه اجماعا.

و قبل الشروع فى اقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغى تقديم امور:

الأول: ان ذكر هذا الشرط من شروط العوضين، مع ان القدرة قائمة بالمتعاقدين، و هذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله من جهة ان عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور فى العين كالطير الطائر و العبد الآبق و نحوهما، بل ربما يقال انه إذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحية قصور العاقد- كما لو تعاوضا على عين معينة و هما فى السجن و لا يرجى إطلاقهما منه- لا يكون ذلك مانعا عن صحة البيع.

و أما ما افاده المحقق النائينى ره فى وجه ذلك من ان القدرة مناط مالية المال، فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء فيرد عليه: ما ستعرف من ان العجز لا يوجب سلب المالية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۴۱

[...]

الثانى: ان محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقق العقد، فلو كان حين حدوثه قادراً على التسليم و طرأ العجز يدخل ذلك فى طروء العيب الموجب لثبوت الخيار. و بهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذى هو مانع عن صحة البيع، و تعذره الموجب للخيار.

و لعل هناك فرقا آخر، و هو إذا كان البائع غير قادر و لكن كان المشترى قادراً على التسلم، يثبت الخيار، و ان كان هو ايضا قادر بطل العقد. و سيأتى الكلام فى ذلك فانتظر.

و من هنا ظهر الامر الثالث، و هو ان محل الكلام عجز البائع و المشترى عن ذلك، و اما إذا كان المشترى قادرا على التسلم فهو خارج عن المقام. و سيأتى حكمه.

إذا عرفت هذه الأمور، فاعلم: انه قد تكرر من الفقهاء دعوى الإجماع على اعتبار هذا الشرط، بل يظهر من الانتصار ان عليه اجماع العامة و لم يذكر الخلاف عن احد سوى الفاضل القطيفى.

و قد استدل لاعتباره بوجوه:

الأول: النبوى المشهور بين الفريقين- بل قيل انه اجمع عليه المخالف و المؤالف-: نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن بيع الغرر «۱».

و تنقيح القول فى هذا الحديث الشريف يقتضى البحث فى جهات:

الاولى: فى سنده. و الظاهر انه من أقضيه النبى صلى اللّه عليه و آله المروية من طرق اهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة، و هى بعينها مروية من طرقنا برواية

(۱) الوسائل- باب ۴۰- من أبواب آداب التجارة حديث ۳- و المستدرک باب ۳۱ من أبواب آداب التجارة حديث ۱- الدعائم ج ۲- ص ۱۹ سنن بيهقى ج ۵ ص ۳۳۸- و سنن الترمذى ج ۳ ص ۵۳۲- و أخرجه مسلم فى صحيحه ج ۵ ص ۳- و أبو داود فى كتاب البيوع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۴۲

[...]

عقبة متفرقة على حسب تفرق الأبواب، و على اى تقدير مع اعتماد الأصحاب عليه و تلقيهم اياه بالقبول و إفتائهم مستنداً إليه لا يبقى مجال الاشكال فى سنده.

الجهة الثانية: فى معنى الغرر و تطبيقه على بيع ما لا يقدر على تسليمه. و قد ذكروا فى تفسير الغرر أمورا: الغفلة، و الخديعة، و الخطر، و عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، و المنخدع لا يكون على عهدة وثقه، و ما له ظاهر محبوب و باطن مكروه.

و قد أفاد بعض المحققين: ان هذه التفاسير ليست كلها بيانا للمعنى الحقيقى، بل بعضها بيان مفهومه، و بعضها الأخر بيان لازمه الدائمى، و بعضها بيان لازمه الغالبى، و بعضها بيان لمورده. و معناه الحقيقى: ما يساوق الخديعة، و لازمه الدائمى هو الغفلة، و لازمه الغالبى هو الخطر و الوقوع فى الضرر، و المنخدع لا يكون على عهدة وثقه، و مورده ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه.

و الحق ان يقال: ان لمادة الغرر معان ثلاثة لا جامع بينها أصلا على ما يظهر من كتب اللغة، لان ما يكون بمعنى الغفلة انما هو المعنى المشتقى اللازم و هو غر يغر (بكسر الغين، و مصدره الغرة بالكسر، و اسم فاعله الغار بمعنى الغافل، و لا يكون له اسم مفعول لكونه لازما. و ما يكون بمعنى الخدعة انما يكون متعديا و هو غر يغر (بضم الغين و اسم مفعوله المغرور، و غرير صفة مشبهة، و اسم مفعول هذا الباب يلازم مع اسم فاعل ذلك الباب، فالمغرور يلازم مع كونه غافلا، و مصدره غرور، و المستعمل فى القرآن الكريم انما هو

المعنی الثانی، و لا جامع بین البابین.

و أما لفظ الغرر فلم یستعمل فی شیء منهما، و انما هو بمعنی الخطر، و لا یکون معناه حدثیا اشتقاقیا، بل هو جامد کما صرح بذلک فی الاساس و المصباح و المغرب و الجمل و المجمع و القاموس، و قد فهم العلماء قدس اللّه اسرارهم منه ذلک، و لذا أفاد المحقق المشار إلیه انه انما یحمل الغرر فی الخبر علی الخطر لفهم العامة و الخاصة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۴۳

]...[

لاتفاقهم ظاهرا علی ذلک کما یتضح بالمراجعة الی استدلالات الفریقین فی أبواب المعاملات.

و بالجملة: الغرر بحسب تصریح اللغویین و فهم اهل العرف و العلماء انما هو بمعنی الخطر.

لا یقال: انه إذا کان جامدا فکیف یقال: غرر یغرر تغریرا.

فانه یقال: ان بعض الجوامد بواسطة بعض أبواب المزید فیها یصیر مشتقا کالماء المشمس و التحجیر و غیرهما، و المقام من هذا القبیل، فمعنی غرر بنفسه أوقعه فی الخطر.

و ما عن القاموس من تفسیر بنفسه عرضها للهلاکة، انما هو من جهة ان خطر النفس هو الهلاکة، و ما فیه من ان الاسم الغرر مراده منه ان اللفظ الأصلی هو معنی اسمی غیر قابل للاشتقاق و هو الغرر، و ما عن علی (علیه السلام) من تفسیر الغرر بعمل لا یؤمن معه من الضرر، غیر ثابت، و لم یحرز صدوره عنه، و لو سلم الصدور لا بد من تأویله لعدم کون الغرر بمعنی العمل علی ای تقدیر.

و قد یقال: ان بیع ما لا یقدر علی تسلیمه لا یکون غرریا بعد کون المبیع معلوما ذاتا و وصفا، و انما یکون الغرر و الخطر من ناحیة الإثار الخارجیة، ای التسلیم و التسلم.

و فیه: ان الملکیة المجردة لا یترتب علیها شیء و لا یبذلون العقلاء بإزائها شیئا، فالبیع علیها غرری، و ما ابعد ما بین هذه الدعوی. و ما ادعاه الشهید ره من اختصاص الغرر بمجهول الحصول، و ان کان هو ایضا لا یخلو عن محذور، و یؤید ما ذکرناه تمثیل اهل الفن للغرر ببیع السمک فی الماء و الطیر فی الهواء، و عن ابن مسعود عن النبی صلّی اللّه علیه و آله: لا تشتر السمک فی الماء فانه غرر. فلا ینبغی التوقف

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۴۴

]...[

فی صدق الغرر و الخطر علی بیع ما لا یقدر علی تسلیمه.

الجهة الثالثة: فی بیان مفاد النهی.

الظاهر ان النهی عن المعاملة کما عرفت فی أول الجزء الرابع عشر من هذا الشرح ظاهر فی کونه إرشادا الی الفساد، فإذاً ظاهر ذلک هو فساد البیع الغرری.

الجهة الرابعة: انه قد یقال: بان المانع عن الصحة ان کان هو الغرر فهو یمکن دعوی ارتفاعه بوجوه: أحدها: انه لو اشترط الخیار برد العوض مع عدم وصول المعوض إلیه لا یکون هناک غرر.

و فیه: ان نفوذ الشرط مشروط بکونه فی ضمن العقد الصحیح، فلا یعقل تصحیح العقد به.

ثانیها: انه مع تعذر تسلیم المبیع له خیار التعذر، فله الفسخ و استرجاع الثمن.

و فیه: ان الخیار انما یثبت فی العقد الصحیح، فکیف یصحح العقد به.

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۶، ص: ۳۴۴

ثالثها: انه بالفحص اما ان یحصل فی یده، أو یصیر میئوساً من ذلک، فیکون بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد الموجب لرجوع الثمن الی صاحبه، فهو مأمون العاقبة من الخطر، لأنه اما ان یصل إلیه المبیع أو بدله.

و قد ظهر الجواب عن ذلک مما تقدم، إذ الحکم بالانفساخ فرع صحة العقد.

رابعها: انه مع امتناع تسلیم المبیع للمشتری الامتناع من تسلیم الثمن فلا غرر.

و فیه: ان الامتناع من تسلیم الثمن بعد فرض کونه ملکا للبائع لا یوجب تدارک ما ذهب من ملکه.

هذا کله مع ان الغرر باعتبار الغرض المعاملی لا ینجبر بالفسخ و لا بالانفساخ، فالحق دلالة النبوی علی الفساد، الا انه مختص بصورة عدم احراز امتناع

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۴۵

[...]

التسلیم، لان الخطر انما یطلق فیما إذا احتمل الحصول و لو ضعیفا، و لکن فی هذا الفرد یثبت الحکم بالأولویة القطعیة.

الثانی: ان بذل المال بإزاء ما لا یمکن تسلیمه سفهی، فلا تشمله ادلة نفوذ المعاملات فإنها مسوقة لبیان إنفاذ المعاملات العقلائیة.

و فیه: أولا: ان بذل المال القلیل بإزاء مال کثیر یرجی حصوله لیس سفهیا بل ربما یعد عدم البل سفهیا.

و ثانیا: ان ادلة نفوذ المعاملات تدل علی نفوذ کل معاملة، و الدلیل انما دل علی عدم نفوذ معاملة السفیه و لم یدل دلیل علی عدم نفوذ المعاملة السفهائیة.

الثالث: ان المعاملة علی ما لا یقدر علی تسلیمه: أکل للمال بالباطل.

و فیه: ان المراد بالأکل بالباطل بقرینة المقابلة بتجارة عن تراض التملک بالأسباب الباطلة کالقمار و نحوه، و الا فغایة ما هناک کون إعطاء المال مجانیا و بلا عوض، و لیس هذا من قبیل أکل المال بالباطل.

الرابع: ان ما لا یقدر علی تسلیمه لا یعد مالا عرفا فلا یصح بیعه.

و فیه: أولا: ان المال انما هو من العناوین المنطبقة علی الأشیاء بأنفسها مع قطع النظر عن الاشخاص، و هو ینتزع من کون ذلک الشیء موضوعا لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فیه، و هی صفة تعتبر من نفس المال و ان لم یکن هناک مالک.

و ثانیا: انه لو سلم ذلک فإنما هو فیما لا یحتلم التمکن من التسلیم کما لا یخفی.

و قد استشهد الشیخ لسلب صفة التمول عنه: بانه یجب علی غاصبه قبلا ان یدفع تمام القیمة بصیرورته کذلک من باب بدل الحیلولة.

و فیه: ان لزوم أداء تمام القیمة انما یکون من جهة الحیلولة بین المالک و تمام المالیة بالحیلولة بینه و بین العین لا من جهة التلف، و قد تقدم تفصیل القول فی ذلک فی مبحث

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۴۶

[...]

بدل الحیلولة.

الخامس: ما ذکره الشیخ ره بقوله: منها ما اشتهر عن النبی صلّی اللّه علیه و آله من قوله: لاتبع ما لیس عندک.. إلخ.

لا یخفی ان أقضیه النبی صلّی اللّه علیه و آله المذکورة فی کتب العامة مجتمعة عن عبادة بن الصامت بعینها مرویة من طرق الخاصة بروایة عقبة بن خالد متفرقة علی حسب تفرق الأبواب، و علیه فهذا النبوی «۱» مروی من طرقنا و من طرق العامة، فلا وجه للمناقشة فی سنده.

و أما من حیث الدلالة، فمحصل ما افاده الشیخ ره: ان محتملات قوله (علیه السلام) عندک اربعة: أحدها: الحضور الذی هو معناه الحقیقی.

ثانیها: الملک.

ثالثها: السلطنة علیه و القدرة علی تسلیمه.

رابعها: السلطنة التامة الفعلیة التی تتوقف علی الملک مع کونه تحت الید.

و من البین ان الأول لیس بمراد قطعا لجواز بیع الغائب اجماعا.

و الثانی خلاف الظاهر، فان بیع المملوک بیع ماله لا بیع ما عنده، فبیع غیر المملوک بیع ما لیس له، لا بیع ما لیس عنده.

و الثالث یدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوی علی عدم جواز بیع العین الشخصیة المملوکة للغیر، فیتعین الرابع، فیدل علی فساد بیع ما لا یکون مالکا له، و ما لا یقدر علی تسلیمه، فلا بد من إخراج بیع الفضولی عنه بأدلته أو بحمله علی النهی المقتضی لفساده بمعنی عدم وقوعه لبایعه لو أراد ذلک.

---

(۱) أشرنا الی مصادر الخبر فی ص

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۴۷

]...[

و فیه: ان ارادة القدرة علی التسلیم خاصة من التصرفات الخارجیة المماسة للعین، اما وحدها أو مع الملکیة خلاف الظاهر، بل اما ان یراد مطلق التصرفات الخارجیة أو لا- یکون ذلک بالخصوص بمراد، و حیث انه لا یعتبر السلطنة الخارجیة المماسة للعین قطعا، فلا یکون ذلک بمراد لا مستقلا و لا ضمنا، بل الظاهر منه ارادة السلطنة الاعتباریة علی التصرفات التسبیبیة المعاملیة، فیکون أجنبیا عن المقام.

السادس: ما ذکره الشیخ ره، و حاصله: ان لازم العقد وجوب التسلیم، و هو مشروط بالقدرة، فمع عدمها لا لزوم للتسلیم فیلزم عدم نفوذ العقد، و الا لزم انفکاک اللازم عن الملزوم.

و فیه: انه ان أرید بذلک ان لزوم التسلیم من مقتضیات الملک الذی هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال الی صاحبه، الا ان هذا اللازم لیس لازما لا ینفک، بل هو فرع التمکن منه، و مع عدم التمکن یکون ملکا له لا یجب تسلیمه لعدم القدرة.

و ان أرید به انه من مقتضیات إطلاق العقد نفسه، فیرد علیه: ان العقد عبارة عن تملیک العین مثلا لا هو مع اعتبار امر آخر أو تکلیف آخر.

و ان أرید به ان الملکیة تکون مقیدة بما یتمکن من تسلیمه، فیرد علیه: ان التعلیق فی العقد موجب للبطلان.

و ان أرید به ان لزوم التسلیم من احکام العقد من جهة ان التسلیم مصداق للوفاء بالعقد الذی وجوبه من احکام العقد، فیرد علیه: أولا: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱» علی ما حققناه فی محله یکون إرشادا الی لزوم العقد، و علی فرض کونه تکلیفیا یکون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلی کل تقدیر لا ربط له بالتسلیم.

---

(۱) المائدة آية ۲.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۴۸

]...[

و ثانيا: ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة.

و أجاب الشيخ عنه: بانه يضعف بانه ان أريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا ... إلخ.

مراده: انه ان أريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا فعليا بحيث انه ان لم يكن قادرا عليه ينكشف عدم وجود الملزوم، نمنع الملازمة، اى لا دليل على ان ذلك من لوازم العقد، و ان كان المراد ان لازمه مطلق الوجوب الملائم مع الوجوب المشروط، فاللازم متحقق فى الفرض، و كذلك الملزوم.

قال الشيخ: و قد يعترض بأصالة عدم تقيد الوجوب، ثمّ يدفع بمعارضته بأصالة ... إلخ.

المعترض، و دافعه، صاحب الجواهر ره.

و حاصل الاعتراض بما ذكره الشيخ من الجواب: ان مقتضى أصالة عدم تقيد الوجوب كون اللازم الوجوب المطلق، فمع عدمه ينكشف عدم تحقق الملزوم.

و محصل الدفع: انه معارض بأصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط، فان إطلاق ادلة نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة فى النفوذ، فالحجة على الاشتراط تعارض الحجة على عدمه.

و أما ما ذكره الشيخ ره من النظر الواضح فى الاعتراض و المعارضة، فلعل وجه النظر فى الاعتراض انه ان أريد بأصالة عدم تقيد الوجوب الأصل العملى- اى أصالة عدم وجوب المقيد-

- فيرد عليه: انه معارض بأصالة عدم وجوب المطلق.

و ان أريد به الأصل اللفظى، اى إطلاق دليل الوجوب- فهو مقيد بالقدرة عقلا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۴۹

]...[

و وجه النظر فى الدفع: ان إطلاق دليل المقيد لو سلم لا ريب فى حكومته على أصالة عدم تقيد البيع كما لا يخفى.

السابع: ما ذكره الشيخ بقوله: و منها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، و لا يتم الا بالتسليم ... إلخ.

و فيه: أولا: ان تخلف الأغراض و الدواعى لا يوجب فساد المعاملة و بطلانها.

و ثانيا: ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.

و ثالثا: نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم.

فتحصل مما ذكرناه: ان دليل اعتبار هذا القيد هو النبوى المشهور: نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن بيع الغرر.

هل القدرة شرط أو العجز مانع

و ينبغى التنبيه على امور:

الأول: هل القدرة على التسليم شرط كما فى التكاليف، ام يكون العجز عنه مانعا؟ وجهان.

و ملخص القول: ان الکلام فی هذا التنبیه یقع فی مواضع:

أحدها: فیما هو مقتضی کلمات الأصحاب.

ثانیها: فی معقولیة مانعی العجز و عدمها.

ثالثها: فیما یقتضیه الدلیل.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۵۰

]...[

رابعها فی ترتب الثمرة علی هذا النزاع.

اما الأول: فظاهر کلمات القوم حیث قالوا: و من شرائط العوضین القدرة علی التسلیم کون القدرة شرطا. و مورد نزاع الشیخ ره و صاحب الجواهر کلام الغنیة، و ذیله الذی نقله الشیخ ره صریح فی شرطیة القدرة، اللهم الا ان یکون ذلک من کلام الشیخ ره.

و أما الثانی: فقد ذهب الشیخ ره الی عدم معقولیة مانعیة العجز، من جهة ان العجز امر عدمی لأنه عدم القدرة عما من شانه ان یقدر، و المانع هو الامر الوجودی الذی یلزم من وجوده العدم.

و فیه: ان المانع فی باب العلة و المعلول غیر المانع فی باب العقود و الإیقاعات کما تقدم، فان المراد به فی هذا الباب ما قید صحة العقد بعدمه، أو حکم بفساد العقد معه، و حیث ان هذا ممکن فمانعیة العجز معقولة.

و أما الموضع الثالث: فالأظهر ان المستفاد من الادلة مانعیة العجز، و ذلک لان ضم ادلة نفوذ البیع، بقوله صلوات الله علیه: نهی النبی عن بیع الغرر یقتضی ان یکون موضوع النفوذ البیع الذی لیس بغرری- ای لا یکون متصفا به- لا ان الموضوع هو البیع المتصف بما یضاد الغرر کما هو واضح.

و أما الموضع الرابع: فقد یقال بظهور الثمرة فیما إذا شک فی القدرة، فانه علی القول بشرطیة القدرة لأبد من احرازها فی الحکم بصحة البیع، و اما علی القول بمانعیة العجز فیحکم بالصحة، و ان لم یحرز ذلک لوجهین: الأول: أصالة عدم المانع: الثانی: قاعدة المقتضی و المانع من جهة ان العقد مقتض و العجز مانع، فإذا شک فی المانع مع احراز المقتضی یبنی علی تحقق المقتضی بالفتح.

و فیهما نظر: اما الأول: فلان الشبهة اما موضوعیة، أو حکمیة، فان کانت

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۵۱

]...[

موضوعیة. فان کانت الحالة السابقة القدرة یبنی علیها، و ان کانت هی العجز یبنی علیه، و مع عدم احراز الحالة السابقة أو توارد الحالتین لا یجری الأصل الموضوعی و انما یرجع الی أصالة الفساد، من غیر من فرق بین المسلکین و ان کانت حکمیة، کما لو شک فی ان الخارج هو العجز المستمر أو العجز فی الجملة، أو شک فی ان المراد بالعجز ما یشمل التعسر، یرجع الی عمومات الصحة اقتصاراً فی المخصص علی المتیقن منه.

و بالجملة: بعد کون العجز و القدرة من قبیل العدم و الملکة لا من قبیل السلب و الإیجاب، لا یبقی فرق بین مانعیة الأول و شرطیة الثانیة کما لا یخفی.

و أما الثانی: فلعدم حجیتها أولًا و عدم جریانها فی الاحکام الشرعیة ثانیا لعدم تمییز المقتضی عن المانع و الشرط. هذا کله مضافا الی ان المدرک لاعتبار هذا القید بما انه النبوی فلا یتصور الشک الموضوعی لتقوم الغرر بالجهل.

المانع هو العجز فی زمان الاستحقاق

الثانی: هل العبرهٔ فی القدرهٔ علی التسلیم هی القدرهٔ فی زمان استحقاق التسلیم، ام فی زمان البیع؟ وجهان.

و لکن الظاهر انه لا إشکال کما لا خلاف فی ان العبرهٔ فی الشرط المذکور انما هو فی زمان الاستحقاق من غیر فرق بین کون المستند وجوب التسلیم، أو نهی النبی عن بیع الغرر، أو لزوم السفاههٔ مع عدمه، أو عدم الانتفاع، أو لاتبع ما لیس عندک. إذ لا وجوب للتسلیم قبل الاستحقاق، و المعاملهٔ التی یقدر البائع فیها علی تسلیم المبیع حال استحقاق المشتری لذلک لیست بغرریهٔ فعلاً، و الاقدام علی بیع ما یتمکن من

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۵۲

[...]

تحصیله فی حال الاستحقاق لیس اقداما سفهیاً، و لا یترقب الانتفاع من المبیع الا بعد استحقاقه.

و المراد من عدم بیع ما لیس عنده علی فرض دلالته علی هذا الشرط بقرینهٔ مناسبهٔ الحکم و الموضوع و بحسب المتفاهم العرفی عدم الالتزام بما لا یقدر علیه، و من کان قادراً حین الاستحقاق غیر قادر حین البیع لا یکون ملزما علی نفسه بما لا یقدر علیه، فما افاده المحقق الأصفهانی ره من انه لو کان المدرک النهی عن بیع ما لیس عنده لأبد من القدرهٔ حال ورود البیع علیه، غیر تام، فهذه الکلیهٔ لا کلام فیها.

انما الکلام فی الفروع التی فرّعها الشیخ ره علی تلک:

أحدها: عدم اعتبارها أصلا إذا کانت العین فی ید المشتری.

و فیه: ان عدم اعتبارها فی هذا المورد لیس من متفرعات عدم اعتبار القدرهٔ حال البیع، بل لو کانت العبرهٔ بالقدرهٔ حال البیع لم تکن معتبرهٔ فی الفرض، لان التسلیم طریق الی وصول المال بید المشتری، فمع تحقق الوصول لا یعقل استحقاق التسلیم.

ثانیها: ما إذا اشتری من ینعتق علیه.

و فیه: ان عدم اعتبارها فی المورد انما یکون من جههٔ عدم دخوله فی ملکه أو خروجه عنه بعد دخوله آنا ما، لا من جههٔ عدم اعتبار القدرهٔ حین البیع.

ثالثها: ما إذا اشتری فضولًا فانه لا یستحق التسلیم الا بعد اجازهٔ المالک.

و فیه: ان المعتبر هو قدرهٔ من له العقد لا مجری الصیغهٔ، و حیث ان العقد انما یستند الی من له العقد- و هو المالک من حین الإجازهٔ لا قبلها- فلو کانت العبرهٔ بالقدرهٔ حال البیع لما کانت معتبرهٔ فی بیع الفضولی حال البیع لعدم تحقق بیع المالک قبل الإجازهٔ.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۵۳

[...]

و ربما یشکل علی الکشف من حیث انه لازم من طرف الأصیل.

و الظاهر ان منشأ الاشکال انه علی القول بالکشف إذا کان احد الطرفین أصیلا، بما ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء و المؤثر فی الملکیهٔ هو العقد، فهو من حین البیع الی ما قبل الإجازهٔ محروم عن التصرف فی ما انتقل عنه، و ما انتقل إلیه. اما فی الأول فلخروجه عن ملکه، و اما فی الثانی فلانه لا یجب علی مالکه التسلیم فلا یقدر هو علی تحصیله، فیلزم من ذلک الغرر.

و فیه: ان منشأ الاشکال ان کان حرمانه عن التصرف فیما انتقل إلیه فهو یتحقق فی الفضولی من الجانبین، و ان کان حرمانه عن

التصرف فيما انتقل عنه، فهو لا دخل له بالقدرة على التسليم و التسلم، كما لا دخل له بالغرر.

رابعها: بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

هذا التفريع حسن من جهة ان المشترى لا- يستحق التسليم قبل اجازة المرتهن على القول بتوقف نفوذه عليها، فلا تعتبر قدرته قبل الإجازة و انما العبرة بالقدرة بعدها، و ان كان العقد منتسبا الى المالك من حين حدوثه.

خامسها: ما لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم.

محصل ما افاده فى هذا الفرع: انه فى بيع السلم بما ان القبض جزء السبب الناقل، فقبل تسليم المشترى الثمن لا يكون السبب متحققا، فالعجز عن التسليم لا يقدح فى الصحة فلو اتفق حصوله صح البيع.

و بعبارة اخرى: قبل ان يقبض الثمن لا يستحق البائع التسليم لأنه جزء المملك، و بعده التسليم متحقق.

و اورد عليه: بانه قبل القبض البيع العرفى موجود، و البائع بنظرهم يستحق التسليم، فالعجز عنه موجب لكون البيع غرريا عندهم فيشمله نهى النبى صلّى اللّه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۵۴

[...]

عليه و آله عن بيع الغرر، فان الموضوع فيه البيع الغررى العرفى.

و أجاب عنه الشيخ ره: بان اهل العرف بعد اطلاعهم على عدم ترتب الاثر شرعا قبل القبض لا يرونه غرريا فى الفرض.

و يمكن الجواب بوجه آخر، و هو: ان دليل اعتبار القبض يكون حاكما على دليل مانعية الغرر، و يدل على انه لا غرر فى الفرض.

و أما ما افاده المحقق الإيروانى فى الجواب عن ذلك: بان ظاهر النبوى ان البيع الذى لو لا الغرر كان صحيحا مؤثراً هو الذى نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عنه إذا كان غرريا، و البيع فى الفرض قبل القبض لا يكون صحيحا، فالغرر فيه لا يكون مانعا، فيرد عليه: ان دليل كل مانع انما يكون متكفلا لبيان مانعية ذلك الشىء خاصة، و لا نظر له الى سائر الموانع و الشرائط، و لذا لو فرض اقتران العمل بمانعين لا سبيل الى دعوى عدم مانعية شىء منهما، مع ان مقتضى البرهان المزبور ذلك، فان دليل كل منهما مقيد على الفرض بعدم اقتران العمل بمانع آخر، و المفروض اقترانه به. فالحق ما ذكرناه.

[الخلاف فى المسألة من الفاضل القطيفى]

التنبيه الثالث: قيل ان الخلاف فى اصل المسألة لم يظهر الا عن الفاضل القطيفى.

و لكن الظاهر من كلامه انه لا ينكر اعتبار القدرة على التسليم فى الجملة، غاية الامر انه يلتزم باعتبار امر فى خصوص مورد الجهل و عدم الرضا، و عليه فلا تنافى بين كلمات الشيخ ره حيث نفى الخلاف فى أول المسألة، و هنا نقل الخلاف عن الفاضل القطيفى.

و الظاهر ان الشيخ فهم من كلامه انه يلتزم باشتراط الصحة بأمر لا يجامع العلم و الرضا كعنوان الخدعة، و لذا أورد عليه بان الغرر انما هو فى النبوى بمعنى

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۵۵

[...]

الخطر لا الخدعة، و يحتمل ان يكون مراده ان القدرة انما تعتبر من ناحية حق تسلم المبيع للمشترى، فإذا علم بعدم القدرة و اقدم على

المعاملة راضيا بها فقد أسقط حقه. و الجواب عنه: ان الشارع اعتبر القدرة و كون ذلك من قبيل الحق القابل للاسقاط، غير ثابت، و الأصل يقتضى عدمه.

[المقصد الأصلى هو التسلم]

الرابع: الظاهر ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع و انما المقصد الأصلى هو التسلم كما صرح به المصنف و غيره، و ذلك لان المستند لاعتبار هذا القيد إن كان نهى النبى عن الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو كونه اكلا للمال بالباطل فواضح. إذ لا غرر و لا سفاهة و لا أكل للمال بالباطل مع تمكن المشترى من التسلم.

و ان كان لاتبع ما ليس عندك فالوجه فيه ان الظاهر بقرينة المناسبة بين الحكم و الموضوع كون القدرة على التسليم انما تعتبر من جهة الطريقية الى وصول المال الى صاحبه، و لا موضوعية لها، نعم إذا كان التسلم متوقفا على بذل المال، للمشترى الرجوع الى البائع فيه، لان ذلك وظيفته.

[لو لم يقدر على التحصيل الا بعد مدة]

التنبيه الخامس: و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة فان كان التعذر أبدياً بطل البيع لما تقدم، و ان كان فى مدة يتسامح فيها صح، و ان كان فى مدة لا يتسامح فيها كسنة أو أزيد، فان كان مدرك اعتبار هذا الشرط النبوى: نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن بيع الغرر. فالأظهر هى الصحة لما تقدم من انه فى صورة العلم بالعجز لا يصدق الغرر، و انما التزمنا بالبطلان فى صورة العلم بالعجز الى الأبد للأولوية غير الجارية فى الفرض، كما انه لا تكون هذه المعاملة سفهية و لا أكلا للمال بالباطل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۵۶

]...[

و ان كان المدرك النبوى: لاتبع ما ليس عندك «۱». تعين البناء على البطلان من جهة عدم القدرة الا مع شرط تأخير التسليم الى ذلك الزمان، فانه حينئذ يكون قادراً حين الاستحقاق، و قد مر كفاية ذلك.

و بذلك ظهر أن الشيخ ره يتعين عليه البناء على البطلان، لأنه قده سلّم دلالة هذا النبوى على اعتبار هذا الامر، كما انه ظهر أن الأظهر هى الصحة على المختار. و ان كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر.

السادس:

هل الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعية

. ملخص القول فى المقام: انه لا إشكال فى البطلان إذا لم يكن قادرا واقعا و كانا عالمين بذلك، كما لا إشكال فى الصحة إذا كانا عالمين بالقدرة و كان قادراً واقعاً. انما الكلام فيما إذا كانا عالمين بالقدرة و لم يكن كذلك، أو كانا جاهلين بها و كانت متحققة. فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط نهى النبى عن بيع الغرر تعين البناء على الصحة فى الصورة الاولى، و البطلان فى الثانية، من جهة ان الغرر قوامه بالجهل. ففى الاولى لم يقدم البائع على المعاملة الخطرية بخلاف الثانية.

و ان كان المدرك لاتبع ما ليس عندك انعكس الامر كما لا يخفى، و حيث انهما معا عند الشيخ ره مدرك ذلك تعين عليه البناء على البطلان فى الصورتين.

فما افاده من البطلان فى الصورة الثانية لو تبين العجز، تام و لا يرد عليه ما افاده المحقق الأصفهانى ره، نعم ما ذكره من الصحة فى تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم، إذ المعاملة بعد وقوعها باطلة لا تصح بالتجدد.

و دعوى ان مدرك البطلان فى تلك الصورة لاتبع ما ليس عندك و هو انما

---

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ٣٥٧

]...[

يدل على عدم الصحة ما دام ليس عنده، فلو تجددت و صار مما عنده لا وجه للبطلان، مندفعة بان الشيخ و ان احتمل ذلك، لكنه لم يبن عليه كما يظهر من الفروع التى رتبها على ان القدرة المعتبرة هى القدرة حال الاستحقاق.

حكم ما لو كان الوكيل عاجزا و الموكل قادرا

التنبيه السابع: قال الشيخ: ثمّ لا إشكال فى اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لاما إذا كان وكيلا ... إلخ.

أقول: لو كان المالك هو العاقد بالمباشرة لا إشكال فى اعتبار قدرة نفسه، و لو كان العاقد غيره فان كان وكيلا فى اجراء الصيغة خاصة فلا اشكال فى ان العبرة بقدرة الموكل و لا اعتبار بقدرته، لأنه ليس ملزما بالتسليم، و يكون كالأجنبى. نعم لو علم بقدرته و اعمال قدرته يكتفى بها لا من حيث انها قدرة من يعتبر قدرته بل من حيث الوثوق بحصول المال فى يد المشترى الذى عرفت كفايته.

و أما لو كان وكيلا مفوضا فى البيع و لوازمه، فلا اشكال فى الاكتفاء بقدرة الوكيل من جهة انه ملزم بالتسليم و مأمور بالوفاء بالعقد، و المناط فى رفع الغرر قدرة من هو ملزم بالتسليم و مأمور بالوفاء بالعقد.

انما الكلام فى ما لو كان عاجزا و كان الموكل قادرا، فيه اقوال:

الأول: ما عن الشيخ ره و تبعه غيره، و هو: الاكتفاء بذلك.

الثانى: ما افاده المحقق الأصفهانى ره، و هو: عدم كفاية قدرته من حيث انها قدرة من ينسب إليه العقد.

الثالث: ما اختاره العلامة الطباطبائى صاحب المصابيح، و هو: الكفاية مع رضا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ٣٥٨

]...[

المشترى بالرجوع الى الموكل، و رضا الموكل برجوع المشترى إليه.

و الأظهر هو الأول، لان المناط هو ما يرتفع به الغرر، و هو يرتفع بقدرة من هو ملزم بالتسليم، و فى الفرض كل من المالك و الوكيل ملزم به، فيكفى قدرة كل منهما فى رفع الغرر.

و استدل للثانى: بان الوكيل الذى يستند إليه العقد ليس بقادر، و الموكل انما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب إليه، فلا بد من استجماع البيع الصادر من الوكيل، و حيث فرضنا انه غير قادر فيبطل البيع.

و فیه: ان کلًا منهما مکلف بالوفاء بالعقد الصحیح، و هذا مما لا کلام فیه، و العقد الصادر من الوکیل إذا کان الموکل قادرا علی التسلیم صحیح لعدم الغرر و ارتفاعه بقدرته.

و بعبارة اخری: مع قطع النظر عن نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر، هذه المعاملة صحیحة و مستندة الی کل منهما، فکل منهما موظف بالوفاء بها، و لا یلزم منه الغرر لقدرة الموکل علی التسلیم.

و استدل للثالث: بان الموکل و ان کان أجنبیا عن البیع – و لذا لا یکفی قدرته فقط – لکنه مع التراضی و التزام الموکل لا غرر فی البیع و ان کان الوکیل عاجزا. و فرّع علی ذلک بطلان بیع الفضولی، فان قدرة العاقد لا تکفی لعدم الوکالة، و لا تراضی و لا التزام بین المشتری و المالک کی تکفی قدرته.

ثمّ أورد علی هذا التفریع: بانه ربما یحصل للفضولی الوثوق بإرضاء المالک فتتحقق له بذلک القدرة علی التسلیم حال العقد للقدرة علی الإجازة المحققة لقدرته علی التسلیم، و القدرة علی السبب قدرة علی المسبب.

و أجاب عنه بوجهین:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۵۹

]...[

الأول: انه تخرج المعاملة بذلک عن الفضولیة لمصاحبة الاذن للبیع، غایة الامر حصوله بالفحوی و شاهد الحال.

الثانی: ان صحة بیع الفضولی فی هذه الصورة خاصة لم یلتزم بها احد. و الشیخ ره بعد نقله ذلک قال: و فیما ذکره من مبنی مسألة الفضولی ثمّ فی تفریع الفضولی ثمّ فی الاعتراض الذی ذکره ثمّ فی الجواب عنه أولا و ثانیا تأمل بل نظر.

أقول: اما وجه النظر فی المبنی، فهو ما عرفت من ان الموکل لیس أجنبیا عن العقد و ملزم بالتسلیم، و العلم بقدرته یکفی فی ارتفاع الغرر، و الا فمجرد التراضی لا یوجب رفع الغرر. و اما وجه النظر فی تفریع الفضولی، فهو: ان الفضولی اجنبی عن العقد، و لا یکون العقد تاما و منتسبا الی مالکه الا بعد الإجازة، و لذا بنینا علی کفایة القدرة حال الإجازة، و عدم اعتبار القدرة حال البیع. و اما وجه النظر فی الاعتراض، فهو: ان قدرة العاقد لا اعتبار بها لعدم کونه مخاطبا بلزوم التسلیم.

و أما وجه النظر فی الجواب الأول، فهو: عدم خروج المعاملة عن الفضولیة بالوثوق بإرضاء المالک مع عدم کونه راضیا بالفعل.

و أما وجه النظر فی الجواب الثانی: فلم یظهر لی، لان القائلین بصحة بیع الفضولی لم یقتصروا علی هذه الصورة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۰

فلا یصح بیع الآبق منفردا و لو ضم إلیه غیره صح و لا الطیر فی الهواء

عدم إلحاق الصلح بالبیع

التنبیه الثامن: و حیث عرفت اشتراط القدرة علی التسلیم فی صحة البیع ف اعلم: انه لا یصح بیع الآبق منفردا و ان کان انه لو ضم إلیه غیره صح بلا خلاف فیهما. و لا یهمّنا البحث فی ذلک لعدم الموضوع، و انما نتعرض لخصوص هذه المسألة لما فی ذیل هذه من المسائل التی تعرض لها المصنف ره، قال: و لا الطیر فی الهواء، و الشیخ الأعظم ره و سائر الأساطین، و ان لم تکن مربوطة ببیع الآبق بل هی من تذییلات و فروع المسألة المتقدمة، و هی مسائل.

الاولی: انه لا یختص اعتبار القدرة علی التسلیم بالمثمن، بل هو یعتبر فی الثمن ایضا لاشتراک الادلة بینهما، فکما انه من عدم احراز

القدرة علی تسلیم المثمن یلزم الغرر، کذلک یلزم الغرر من عدم احراز القدرة علی تسلیم الثمن.

الثانیة: فی إلحاق سائر المعاملات بالبیع، و الکلام تارة: فی غیر الصلح، و اخری: فیه. اما فی غیر الصلح: فالأظهر اعتبارها لوجهین:

أحدهما: ان المستفاد من نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر بمناسبة الحکم و الموضوع ان الموجب للبطلان هو الغرر من حیث انه غرر بلا خصوصیة للبیع.

ثانیهما: ما أرسل عن النبی صلّی اللّه علیه و آله انه نهی عن الغرر «۱»، المنجبر ضعفه بعمل الأصحاب لاستدلالهم فی جمیع المعاوضات کالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة و غیرها، بل فی غیر المعاوضات کالوکالة بذلک.

---

(۱) التذکرة ج ۱ ص ۴۶۶- مسألة بیع الطیر فی الهواء- و نحوه عن الشهید- و سبقهما الشیخ فی الخلاف.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۱

[...]

و اما فی الصلح: فالأظهر عدم اعتبارها، و ذلک لوجهین:

الأول: ان دلیل الغرر انما یکون حاکما علی ادلة المعاملات التی لها صنفان غرری و غیر غرری، و اما الصلح الذی لیس له صنفان- بل هو بطبعه مبنی علی المسامحة و المسالمة و التجاوز من جهة ان الغرض فیه لیس متقوما بالمبادلة و المقابلة- فلا یکون دلیل الغرر حاکما علیه، بل هو حاکم علی دلیل الغرر.

الثانی: صحیح محمد بن مسلم عن ابی جعفر (علیه السلام): انه قال فی رجلین کان لکل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا یدری کل واحد منهما کم له عند صاحبه، فقال کل واحد منهما لصاحبه: لک ما عندک ولی ما عندی، فقال (علیه السلام): لا بأس بذلک إذا تراضیا و طابت أنفسهما «۱». فانه یدل علی عدم مانعیة الجهالة المحققة للغرر، و هو و ان لم یصرح فیه بإرادة الصلح من تلک المعاهدة، الا انه محمول علیه بقرینة فهم الأصحاب.

بیع الضال و المجحود و المغصوب

الثالثة: ان مقتضی نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر «۲»، عدم جواز بیع الضال و المجحود و المغصوب کما افتی به جماعة. و بعبارة اخری: مقتضاه عدم الفرق بین المتعذر بنفسه، و ما تعذر بواسطة الغیر و عن جماعة: الجواز، و استدل له بوجوه:

---

(۱) الوسائل- باب ۵- من أبواب احکام الصلح حدیث ۱.

(۲) ص ۳۴۱

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۲

[...]

أحدها: انه بالفحص عنه اما ان یحصل فی یده أو ییأس منه. فان حصل، و الا فهو فی حکم التلف الموجب لانفساخ العقد من أصله الموجب لرجوع الثمن الی صاحبه، فهذا البیع مأمون العاقبة من الخطر. و اما فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد اقدم علیه، و جهالته غیر مضرة خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التی یفوت الانتفاع بالمبیع فیها.

و فیه: أولا: انه مع عدم الحصول لا یحرز الیأس دائما، بل ربما یرجی حصوله.

و ثانیا: ان کون ذلک بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد غیر ثابت.

و ثالثا: ان الحکم بالانفساخ مرتب علی العقد الصحیح، فلا یمکن تصحیح العقد به.

و رابعا: انه الخطر من حیث الغرض المعاملی علی حاله لا یرتفع بالانفساخ.

ثانیها: انه مع تعذر تسلیمه له خیار التعذر، فالصحة تکون مراعاة بالتسلیم، فان تسلم قبل مدة لا یفوت الانتفاع المعتد به فیها و الا تخیر بین الفسخ و الإمضاء فلا غرر.

و فیه: أولا: ان الخیار مرتب علی العقد الصحیح، فلا یعقل تصحیح العقد به.

و ثانیا: ان الغرر من ناحیة الغرض المعاملی لا یرتفع بذلک.

ثالثها: ان له شرط الخیار برد الثمن أو مثله إذا لم یحصل المبیع فی یده الی ثلاثة ایام.

و فیه: أولا: ان نفوذ الشرط منوط بوقوعه فی العقد الصحیح، فلا یصحح العقد به.

و ثانیا: ان الغرر الناشئ من حیث الغرض المعاملی لا یرتفع بذلک.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۳

و کل بیع فاسد فانه مضمون علی قابضه

رابعها: ان له الامتناع من تسلیم الثمن مع امتناع البائع من تسلیم المبیع، فلا خطر.

و فیه: - مضافا الی ما تقدم- ان الامتناع من تسلیم الثمن مع عدم کونه مالکا له لا یوجب تدارک ما ذهب من ملکه. فالأظهر هو فساد بیعه.

الرابعة: المشهور بین الأصحاب انه کما لا یجوز بیع غیر المقدور منفرداً لا یجوز بیعه منضما بغیره. و عن ظاهر الانتصار: جوازه.

و یشهد للأول: ان بیع المجموع من مقدور التسلیم و غیره فی صفقة واحدة غرری. و ما عن الانتصار من ارتفاع الغرر بذلک، ضعیف، و أضعف منه الاستدلال بالنص الوارد فی بیع العبد الآبق الدال علی جوازه مع الضمیمة، إذ المناط غیر محرز، و التعدی یحتاج الی دلیل.

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

المقصد الخامس: فی بیان حکم المقبوض بالعقد الفاسد

اشارة

. و قد طفحت عبارات القوم بان کل بیع فاسد لو قبض المشتری به، فانه لم یملک بلا خلاف، و عن غیر واحد: دعوی الإجماع علیه.

و الوجه فیه واضح، لان ذلک مقتضی فرض الفساد، و تترتب علیه امور:

الأول: انه لا یجوز له التصرف فیه، و هو مضمون علی قابضه کما هو المعروف، و عن شیخ الطائفة فی باب الرهن و فی موضع من البیع، و الحلی فی موضعین من السرائر، و المصنف فی التذکرة و المختلف، و غیرهم فی غیرها: دعوی الإجماع علیه.

و لیعلم ان محل البحث فی المقام انما هو فی فرض التلف، و اما فی فرض الإتلاف

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۴

[...]

فلا أظن توهم الخلاف فی الضمان، من جهة قاعدة من أتلف.

و کیف کان: فالکلام فی موردین:

(۱) فی الحکم التکلیفی، و هو جواز التصرف و عدمه.

(۲) فی الحکم الوضعی.

اما الأول: فان کان المالک المسلط للمشتری علی ماله راضیا بالفعل فی التصرف فی ماله حتی مع فساد العقد- کما لو علم بالفساد و سلطه علیه کذلک- فلا اشکال فی جواز التصرف. و ان لم یکن راضیا بالرضا الفعلی و لکن کان راضیا بالرضا التقدیری، بمعنی انه لو کان عالماً بالفساد و ان المال ماله کان راضیاً بالتصرف فیه، جاز التصرف بناءً علی کفایة الرضا التقدیری فی حلّیة التصرف. و الا فلا یجوز لما دل علی انه لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه «۱».

و دعوی ان فساد المعاملة لا- یوجب زوال الاذن و الرضا بالتصرف الذی کان فی ضمن العقد، لان الجنس لا یتقوّم بفصل خاص، فاسدة، فان الرضا من قبیل ما یکون ما به اشتراکه عین ما به امتیازه. فإذا لم یترتب علی الرضا الموجود فی ضمن المعاملة اثر- و المفروض انه لیس هناک رضا آخر- فلا مورد للقول بالجواز.

و أما الثانی: فقد مر فی التنبیه الثامن من تنبیهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملک بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة و ما یرد علیه، و انما الکلام فی المقام فی انه مع عدم حصول الملک هل یکون ضامناً لو تلف ام لا. المشهور بین الأصحاب هو الأول، و عن غیر واحد: دعوی الإجماع علیه.

(۱) راجع الوسائل باب ۳- من أبواب مکان المصلی و المستدرک ج ۱ ص ۲۱۲ و فروع الکافی ج ۱- ص ۴۲۶- و الاحتجاج ص ۲۶۷.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۵

]...[

و استدل له فی المکاسب بوجهین: الأول: النبوی المشهور: علی الید ما أخذت حتی تؤدی «۱». و هو و ان کان ضعیف السند الا انه لاعتماد الأصحاب علیه و استدلالهم به لا- مجال للمناقشة فی سنده، و انما المهم دفع ما أورد علی الاستدلال به، و هو انما یکون أمرین: الأول: ان کلمة علی ظاهرة فی الحکم التکلیفی، من جهة ان ظاهر کلمة علی هو الاستعلاء، و الاستعلاء المعقول الحاصل فی التکلیف اقرب الی المعنی الحقیقی مما یتصور بالنسبة الی الوضع.

و یمکن الجواب عنه بوجوه: منها ان حمله علی ارادة التکلیف منه مستلزم لجعل الظرف لغواً و یقدر یجب نحوه، بخلاف ما لو حمل الحدیث علی الوضع کما لا یخفی، و هو خلاف الظاهر.

و منها: انه یستدعی تقدیر فعل من الافعال من قبیل رده أو حفظه، و هذا التقدیر ایضا خلاف الظاهر.

و منها: ان تقدیر الرد لیدل الحدیث علی وجوب رد المال الی صاحبه لا یناسب الغایة، إذ یکون مفاده حینئذ انه یجب الرد الی ان یتحقق الرد، فتکون الغایة تحدیداً للموضوع، و هو بعید فی الغایة، و لا یناسب ایضا ارادة دفع البدل، إذ مع إمکان الغایة لا یجب دفع البدل، و مع عدم إمکانها لا غایة کی یفی بها. فالمتعین حمل الحدیث علی الوضع.

ثمّ الوضع المراد من الحدیث هل هو بمعنی الضمان بالقوة و هو کون درکه علیه مع تلفه کما هو صریح المتاجر المنسوب الی المشهور، ام هو بمعنی دخول المأخوذ فی العهدة و للعهدة آثار تکلیفیة و وضعیة من حفظه و أدائه مع التمکن و أداء بدله لو تلف

(۱) سنن البیهقی ج ۶- ص ۹۰- و کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷ الرقم ۵۱۹۷.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۶

]...[

کما اختاره بعض مشایخنا العظام؟ وجهان: أقواهما الثانی، لان ما قبل الغایة من جهة کون مغیاً بالأداء لا بد و ان یکون امراً ثابتا فعلیاً مستمراً الی ان یتحقق الأداء، و هذا ینطبق علی الوجه الثانی. و اما علی الوجه الأول فلا امر مستمر الی حال الأداء ما لم یتلف.

الإیراد الثانی: ما عن المحق النائینی ره، و هو: ان الأخذ هو الاستعلاء علی الشیء بالقهر و الغلبة کما تشهد به موارد استعماله- لاحظ قوله تعالی: وَ کَذلِکَ أَخْذُ رَبِّکَ إِذا أَخَذَ الْقُریٰ «۱» و قوله: لَأَخَذْنا مِنْهُ بِالْیَمِینِ ثُمَّ لَقَطَعْنا مِنْهُ الْوَتِینَ «۲» و قوله تعالی: فَأَخَذْناهُمْ أَخْذَ عَزِیزٍ مُقْتَدِرٍ «۳» و غیر ذلک من موارد استعماله. و علیه فیختص الحدیث بصورة الغصب و لا یشمل غیر ذلک المورد من موارد اذن المالک الحقیقی و تسلیط المالک ماله للمشتری.

و فیه: ان الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشیء کما عن عن قهر و غلبة ام لم یکن، و استعماله فی غیر موارد الأخذ بالغلبة و القهر کثیر، لاحظ قوله تعالی: خُذِ الْعَفْوَ «۴» و قوله عز اسمه: خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً «۵» و قوله (علیه السلام): خذها فانی إلیک معتذر. و غیر ذلک من الموارد.

فتحصل: ان الحدیث یدل علی الضمان فی مطلق الموارد.

قال الشیخ ره: و من هنا کان المتجه صحة الاستدلال به علی ضمان الصغیر

(۱) هود الآیة ۱۰۲.

(۲) الحاقة الآیة ۴۶.

(۳) القمر الآیة ۴۲.

(۴) الأعراف الآیة ۱۹۹.

(۵) التوبة الآیة ۱۰۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۷

]...[

بل المجنون إذا لم تکن یدهما ضعیفة لعدم التمییز و الشعور.

و یرد علیه: انه یتم علی القول باستقلال الاحکام الوضعیة فی الجعل، و اما بناءً علی مسلکه قده من انها منتزعة من الاحکام التکلیفیة فی مواردها فلا یتم کما لا یخفی.

و ما ذکره بعض مشایخنا العظام بقوله: و یمکن دفعه بان ذلک انما یتوجه لو أرید من الجملة الإنشاء و الجعل، و اما لو أرید منه الاخبار بالتعهد، و ان الأخذ متعهد بما اخذه، و انه یثبت علیه و یتوجه إلیه تمام ما فی المأخوذ من التکلفات و الخسارات المتوجهة طبعا الی مالکه، فلا یلزم شیء، و یکشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع من التکلیف. یرد علیه: - مضافا الی کونه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من الجملة کونها فی مقام الإنشاء لا الإخبار- ان الامر الانتزاعی یتبع منشأ انتزاعه فعلا و تقدیراً، فإذا لم یکن بالنسبة الی الصغیر تکلیف لا یکون وضع علی مسلکه.

و أما ما افاده فی رسالة الاستصحاب بما حاصله: ان ضمان الصغیر حکم وضعی ینتزع من الخطاب المتوجه إلیه بعد صیرورته بالغا بان یغرم ما أتلفه فی حال صغره فیرد علیه: ان فعلیة الامر الانتزاعی مع کون منشأ انتزاعه امرا استقبالیا لا تعقل.

الوجه الثانی: الروایة الشریفة الواردة فی الامة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد ان أولدها المشتری، الدالة علی انه یأخذ الرجل ولده بالقیمة «۱». بدعوی انها تدل علی ضمان المنفعة التی لم یستوفها المشتری، فتدل بالأولویة علی ضمان العین فی صورة التلف.

وجه الأولویة: ان الید علی المنافع انما تکون بتبع الید علی الأعیان، فإذا کانت الید التابعة موجبة للضمان فالمتأصلة اولی بذلک.

و فیه: انه لو قیل بتکون الولد من نطفة المرأة و کان اللقاح من الرجل، أو قیل

---

(۱) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۸

[...]

بان الولد ینعقد رقاً و یصیر حراً بالولادة، یکون: ذلک إتلافا حقیقة، و الضمان فی صورة الإتلاف مما لا کلام فیه. و اما لو قیل بتکونه من نطفة الرجل و انه ینعقد رقاً، فمن حیث أخذ الولد منها حراً و ان کان لا إتلاف و لا استیفاء للمنفعة، الا انه من حیث اشغال الرحم بتربیة ما وضعه فیها استیفاء لمنفعة الرحم، و لا أقل من کونه إتلافا، فإنها کانت مستعدة لانماء نطفة الرق فسلب عنها ذلک باشغالها بنطفته.

و علیه فإذا کان مفاد الحدیث ثبوت ضمان الولد بالقیمة کان ذلک تعبداً محضا و تم استدلال الشیخ ره به، و اما لو کان مفاده ثبوت ضمان قیمة ولد مملوک فلا یتم، و لا یبعد دعوی ظهوره فی الثانی، و لا أقل من الإجمال.

فتحصل: انه لا یصح الاستدلال به من جهتین، ثمّ انه فی مورد الخبر لأبد من البناء علی اشتغال ذمة المشتری بالوطء ایضا، فانه منفعة استوفاها عن ملک الغیر.

قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده

اشارة

و فی مفتاح الکرامة نسب الی الأصحاب انهم استدلوا له مضافا الی ما تقدم بالقاعدة المشهورة کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، و ما لا یضمن بصحیحة لا یضمن بفاسده.

و فی الجواهر بالنسبة الی الجملة الاولی انه یظهر من بعضهم الإجماع علیها.

و فی المکاسب: ثمّ ان هذه المسألة من جزئیات القاعدة المعروفة کل عقد یضمن بصحیحة یضمن بفاسده، و ما لا یضمن بصحیحة لا یضمن بفاسده و هذه القاعدة أصلا و عکسا و ان لم أجدها بهذه العبارة. فی کلام من تقدم علی العلامة، الا انها تظهر من کلمات الشیخ فی المبسوط. انتهی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۶۹

[...]

و کیف کان: فالمهم بیان معنی القاعدة أصلا و عکسا، ثمّ بیان المدرک فیها، فلا بد من البحث فی مقامین:

الأول: فی الأصل، و الکلام فیه فی جهات:

الأول: فی معنی الضمان، فعن بعض الأساطین تفسیره بکون تلفه علیه و انه یتلف مملوکا له.

و فیه: انه لا دلیل و لا وجه لتقدیر التالف ملکا لمن تلف فی یده الا بناءً علی القول بکون أداء البدل من قبیل المعاوضة القهریة الشرعیة، و ستعرف ما فی المبنی، مع ان الإنسان لا یکون ضامنا لأمواله التالفة و لا یکون ذلک خسارة علیه و ان کان خسارة منه. و فی المکاسب تفسیره بکون المال متدارکاً بالعوض بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الأصلی، فإذا تلف وقع نقصان فیه لوجوب تدارکه منه.

و یرد علیه: أولا: ان هذا لا یناسب معنی الضمان الذی هو من مادة ضمن یضمن بحسب اللغة و المتفاهم العرفی.

و ثانیا: ان لازم هذا المعنی عدم فعلیة الضمان قبل التلف فی العقود الفاسدة.

و ثالثا: ان الثابت فی العقود الصحیحة التملیک للمال بالعوض لا التدارک بالعوض، فلیس عنوان الدرک و التدارک فی الصحیح.

و رابعاً: ان التلف لا دخل له فی الضمان فی الصحیح، و انما تمام الموضوع فیه هو العقد.

فالحق فی معنی الضمان ان یقال: ان المراد به فی الجملتین هو المراد به فی سائر موارد استعماله، بل سائر موارد استعمال مشتقاته، و هو التعهد المالی. ففی العقود الصحیحة یکون هذا المعنی- ای تعهد کل منهما مال صاحبه بتسبیب من المتعاقدین مع إمضاء الشارع- و فی العقود الفاسدة یکون ذلک بجعل من الشارع، فالضمان فی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷۰

]...[

الجملتین أرید به التعهد المالی.

الجهة الثانیة: فی ان عموم العقود هل هو انواعی، أو اصنافی، ام افرادی؟.

أقول: ظاهر العموم و ان کان هو الأخیر- کما هو الشأن فی کل طبیعة واقعة فی متلو اداة العموم کقوله (علیه السلام) کل شیء طاهر، أو کل مسکر حرام و ما شابههما- الا ان ظاهر قولنا یضمن بصحیحه یضمن بفاسده وجود الفردین فی ما هو الموضوع لهذا الحکم، و لو حمل العام علی الافرادی تعین حمل الصحیح علی الفرض و التقدیر فیقال: ان هذا البیع الفاسد لو کان صحیحا کان یضمن به، فکذلک فی هذا الفرض، و هو خلاف الظاهر.

فما احتمله صاحب الجواهر من کون العموم إفرادیا ضعیف، فیدور الامر بین کونه انواعیا أو اصنافیا، و الأظهر هو الثانی، إذ لو کان انواعیا حیث انه قد یتفق فی نوع واحد ما یضمن بصحیحه و ما لا یضمن به کالعاریة فان فی عاریة الذهب و الفضة ضمان دون عاریة غیرهما، و کالصلح فانه ربما یکون معاوضیا و ربما لا یکون کذلک فلا یفید سوی الإبراء و التملیک المجانی، فالجامع بین القسمین لا محالة لا یکون موجبا للضمان، فلا بد من البناء علی عدم الضمان فی الافراد الفاسدة منه مطلقا و هو مما لا یمکن الالتزام به.

و ان شئت قلت: انه مع وجود القسمین فی نوع فهل یتبع الفاسد ما یضمن بصحیحه، أو ما لا یضمن به. و بعبارة ثالثة: ان ظاهر الجملة اتحاد القسمین فی جمیع ما یعتبر فی الضمان و عدمه الا فی الجهة الموجبة للفساد، فیتعین کون العموم اصنافیا.

قال الشیخ ره: ثمّ المتبادل من اقتضاء الصحیح للضمان اقتضائه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق فی ضمن العقد الصحیح، ففی الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فیه الضمان تمسکا بهذه القاعدة اشکال انتهی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷۱

]...[

أورد علیه السید ره: بان العقد مع الشرط و مجرداً عنه صنفان متغایران، و بعد ارادة الصنف من مدخول کل لا یبقی اشکال فی ان المراد أعم من ان یکون اقتضاء الصحیح بنفسه أو بضمیمة الشرط.

و فیه: ان الشرط تارة یکون مؤثراً فی اقتضاء العقد للضمان- و بعبارة اخری: یوجب ضمان متعلق العقد، کما فی العاریة المضمونة، فان الشرط یوجب صیرورة ید المستعیر ید ضمان- و اخری لا یکون کذلک، بل یوجب الضمان فی غیر متعلق العقد کما لو استأجر اجارة فاسدة و اشترط فیها ضمان العین و قلنا بصحة هذا الشرط، فان متعلق العقد هو المنفعة دون العین. ففی الأول یتم ما ذکره المحشی و لا یتم فی الثانی کما لا یخفی.

الجهة الثانیة: فی بیان معنی الباء فی بصحیحه و بفاسده.

محتملات الباء فی المقام ثلاثة: السببیة التامة، السببیة الناقصة، الظرفیة. لا سبیل الی الالتزام بالأول، لأنه ربما لا یوجب العقد الصحیح الضمان الا بعد القبض کما فی باب الصرف و السلم، فیکون القبض جزء العلة.

و أما الثانی: فالالتزام به فی بصحیحة و ان کان لا بأس به الا انه لا یتم فی بفاسده، إذ فی العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد، و قد ذکر الشیخ وجهین لسببیة العقد الفاسد للضمان: الأول: ان العقد منشأ و سبب للقبض علی وجه الضمان الذی هو سبب للضمان، فهو سبب للسبب.

و فیه: ان سبب السبب و ان کان سبباً الا ان ذلک فیما إذا کانت السببیة فی الموردین من سنخ واحد تکوینیة أو تشریعیة، و اما إذا کانت فی أحدهما تکوینیة و فی الأخر تشریعیة فلا یصح هذا الإطلاق کما لا یخفی، و المقام کذلک، فان سببیة العقد الفاسد للقبض لیست تشریعیة بخلاف سببیة القبض للضمان. و ان شئت قلت: ان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷۲

[...]

الظاهر من هذه الجملة ان السببیة المترقبة من هذه القاعدة هی الشرعیة لا الخارجیة.

الثانی: ان العقد الفاسد سبب الحکم بالضمان بشرط القبض.

و فیه: ان الموجب للضمان هو القبض، و السببیة المشار إلیها من قبیل الوصف بحال المتعلق، فعلی هذا بما ان الظاهر بقرینة وحدة السیاق ارادة شیء واحد من کلمة الباء، فیتعین حملها علی ارادة الظرفیة، کما فی قوله تعالی: وَ لَقَدْ نَصَرَکُمُ اللَّهُ بِبَدْرٍ «۱» و قوله: نَجَّیْناهُمْ بِسَحَرٍ «۲» و غیر ذلک من الاستعمالات.

مدرک قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده

. الجهة الرابعة: فی مدرک هذه القاعدة و قد ذکر له وجوه: الأول: الإجماع.

و فیه: انه لو تم الإجماع حیث انه غیر تعبدی لمعلومیة مدرک المجمعین فلا یعتنی به.

الثانی: اقدام الأخذ علی الضمان، و هو و ان دخل علی ان یکون المال مضمونا علیه بالمسمی، لکنه إذا لم یسلم له المسمی رجع الی المثل أو القیمة.

و اورد علیه الشیخ ره بایرادات: منها: انه ربما یکون الاقدام موجودا و لا ضمان کما قبل القبض.

و فیه: ان الضمان فی الصحیح ضمان بالمسمی، و هو متحقق قبل القبض، و انما یکون التلف من مال بائعه لما دل علی ذلک من جهة

انفساخ العقد بالتلف أو من جهة

---

(۱) آل عمران آیة ۱۱۹.

(۲) القمر آیة ۳۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷۳

]...[

الشرط الارتکازی الضمنی، و هو ضمان البائع لو تلف المال قبل قبضه. و علی ای تقدیر الضمان المقدم علیه قبل القبض موجود.

و منها: انه ربما لا یکون الاقدام فی العقد الفاسد مع تحقق الضمان، کما إذا قال بعتک بلا ثمن، و کما إذا شرط فی عقد البیع ضمان المبیع علی البائع إذا تلف فی ید المشتری.

و لکن یرد علی النقض الأول: ان المنشأ لهذا البیع لا یتمکن من قصد حقیقة البیع الا بان یقصد ذلک بقوله بعتک، و قوله بلا ثمن یکون إسقاطاً للعوض و ابراءً لذمة المشتری، فان قوام البیع و حقیقته انما یکون بجعل المال بإزاء الثمن، فیکون هذا الکلام من الأغلاط و ذکر المتناقضین، و ان قصد البیع بقوله بعتک خاصة فقد أقدم علی الضمان، و ان قصد به التملیک فهو هبة، إذ التملیک بلا عوض هو الهبة. و علیه فان صح إنشاء عقد بالألفاظ الموضوعة لعقد آخر کانت هذه هبة صحیحة، و الا ففاسدة. فعلی جمیع التقادیر لا یصح هذا النقض.

و یرد علی الثانی: ان الاقدام علی الضمان المعاوضی موجود، و کذلک الضمان، غایة الامر هناک شرط لضمان البائع المبیع.

و منها: انهما انما أقدما علی ضمان خاص لا الضمان بالمثل او القیمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلک الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا یبقی بعد انتفاء الخصوصیة حتی یتقوم بخصوصیة اخری.

و اورد علیه المحقق الخراسانی ره علی ما نسب إلیه: بأنهما انما أقدما علی اصل الضمان فی ضمن الاقدام علی ضمان خاص، و الشارع انما لم یمض الضمان الخاص لا أصله.

و فیه: ان الاقدام الموضوع للأثر هو الاقدام القصدی لا القهری، و معلوم

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷۴

]...[

ان ما تراضیا علیه و قصداه هو الضمان بشیء خاص، و هذا لا ینحل الی التراضی بمطلق الضمان، و کونه بشیء خاص، فلا یکون الاقدام علی الضمان بالمسمی اقداما علی مطلق الضمان.

فالأولی: ان یورد علی الشیخ ره: بان ما ذکره أخص من المدعی، إذ ربما یکون المسمی مقداراً کلیا منطبقاً علی القیمة الواقعیة، و ربما یکون المسمی هو القیمة الواقعیة. و فی هذین الموردین یکون المقدم علیه هو الذی یحکم بثبوته.

و منها: انه لا دلیل علی سببیة الاقدام للضمان، و هذا هو الحق فی الجواب عن هذا الدلیل.

الثالث: خبر علی الید المتقدم «۱». و قد تقدم ان ضعف سنده منجبر بالشهرة و دلالته علی الضمان ظاهرة.

و اورد علیه: بان مورده مختص بالأعیان و لا یشمل المنافع و الأعمال المضمونة فی الإجارة الفاسدة.

وجه الاختصاص بها أمران: أحدهما: ما افاده الشیخ فی الامر الثالث، و هو عدم صدق الأخذ بالإضافة الی المنافع.

و فیه: انه لیس المراد بالأخذ الأخذ بالجارحة الخاصة، و الا لزم عدم شمول الخبر لجملة من الأعیان کالدار و العقار، فلا محالة یکون

الأخـذ كنايـة عن الاستيلاء على الشـىء، و التعبير عنه بالأخـذ باليد من جهة كونه لازماً غالبياً له، و الأخذ بهذا المعنى يصدق بالإضافة الى المنافع، إذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين، و ان لم يسـتوف المنفعة و لم تكن العين مضـمونة، فان المنفعة هى قابلية العين

(١) سنن البيهقى ج ۶ ص ٩٠ و كنز العمال ج ۵ ص ٢۵٧.

[...]

للركوب و للسكنى مثلًا، و هذه القابلية من مراتب وجود العين، و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها، و منها القابلية للانتفاع.

ثانيهما: ما افاده المحقق الأصـفهانى ره، و هو عدم صدق التأدية فى المنافع، فان ظاهر قوله حتى تؤدى كون عهدة المأخوذ بأداء نفس المأخوذ، و المنافع لتـدرجها فى الوجود لا أداء لها بعـد أخذها فى حد ذاتها. و لا يمكن دفعه بان المنفعة و ان كانت تدريجية الوجود الا انها واحـدة وجوداً فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد و الأداء بأداء طرفه الأخر، لان المقصود اثبات ضـمان المنافع، و هـذا التقريب يوجب عـدم الضـمان بعـد رد العين كما لا يخفى. كما انه لا يفيد جعل الغاية محددة للموضوع فيدل الخبر على ضـمان المأخوذ غير المؤدى، إذ الظاهر منه ما كان من شانه ان يؤدى بعد اخذه.

و فيه: ان الغايـة فى الخبر ليست أداء شـخص ما أخذ و الا بقى الضـمان فى صورة التلف و أداء العوض لعدم تحقق أداء الشـخص، بل المراد منهـا أعم من أداء الشـخص و أداء العوض غايـة الامـر يكون بنحو الطوليـة، فإذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضـمان الا بأداء شخصها، و فى صورة التلف يرتفع بأداء عوضها، و المنافع و ان لم يمكن ردها الا انه يمكن رد عوضها.

هـذا كله مضافا الى انه يمكن ان يقال: انه و ان اختص مورد الخبر بالأعيان و لا يشـمل المنافع، الا ان أخذ العين له احكام منها ضـمان منافعها.

فتحصل: ان الأظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع.

الرابع: قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله (عليه السلام): لا يحل مال

[...]

امرئ مسلم الا عن طيب نفسه «١». و قوله صلّى اللّه عليه و آله: حرمة ماله كحرمة دمه «٢». و قوله: لا يصلح ذهاب حق احد «٣».

و تقريب دلالـة حـديث لاـ يحـل: ان الحلاـل هو مـا لاـ تبعـة له، فـإذا نسب الى الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه، فيسـتفاد منه الحلية التكليفيـة. و إذا نسب الى المـال كمـا فى المقـام كـان معنـاه مـا لا خسارة من قبله، فمعنى لا يحل فى المقام انه مع عـدم رضا المالك يكون المال مما له تبعة و خسارة و عوض.

و فيه: أولا: ان ظاهر هـذا التركيب فى نفسه ارادة الحلّيـة التكليفية، و يقدر التصـرف كما فى نظائر المقام، كقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ «۴» و قوله عز و جل: أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّباتُ* «۵». و غيرهما.

و ثانيـا: ان حمـل الحلّيـة على الوضـعية لاـ يلاـئم مع حرف المجاوزة فى قوله الا عن طيب نفسه، فان ظاهره صـدور شـىء عن الطيب، فيكون ظاهره حلّية التصرف عن الرضا.

و ثالثا: ان الحدیث لو دل علی الضـمان فإنما هو بالنسـبة الی المنفعة التی استوفیت، و لا یدل علی الضمان فی المنافع غیر المستوفاة، و العمل الصادر من الأجیر بالإجارة الفاسدة من دون تسبیب من المستأجر، فإنها غیر مربوطة بالمستأجر حتی

---

(۱) بمضمونه اخبار- فی الوسائل باب ۳- من أبواب مکان المصلی- و المستدرک ج ۱ ص ۲۱۲- و فروع الکافی ج ۱- ص ۲۲۶- و الاحتجاج ص ۲۶۷.

(۲) الوسائل- باب ۳- من أبواب القصاص فی النفس حدیث ۳.

(۳) الوسائل- باب ۴۰- من أبواب کتاب الشهادات حدیث ۱ و ۴.

(۴) النساء الآیة ۲۳.

(۵) المائدة الآیة ۴ و ۵.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷۷

]...[

یشملها الحدیث الشریف.

و رابعا: انه لا یشمل عمل الحر بناءً علی ما تقدم منه فی أول کتاب البیع من التأمل فی صدق المال علیه.

و أما حدیث حرمة ماله کحرمة دمه فتقریب الاستدلال به: ان الحرمة انما نسبت الی المال، و ظاهر ذلک ارادة المال من حیث انه مال، و احترامه کـذلک انما یکون بالمعاملـة معه معاملـة ماله مالیـة بتـدارکها، فعدم تدارک مالیته معناه معاملة الهدر معه، فرعایة مالیته رده أورد عوضه لو تلف.

و فیه: أولا: ان ظاهر الخبر- و لو بقرینـة السـیاق- ارادة الحرم التکلیفیـة منه، فان قبله هکـذا: سـباب المؤمن فسوق، و قتاله کفر، و اکل لحمه من معصیة اللّه فیکون المراد من حرمة ماله- بواسطة تنظیره بحرمة دمه- شدة العقوبة المعبر عنها بالکفر.

و ثانیا: انه ایضا لا یشمل المنافع غیر المستوفاة و العمل الصادر من الأجیر غیر العائد نفعه الی المستأجر.

و ثالثا: ان الظاهر منه من جهـة اضافـة المال الی المؤمن ارادة رعایة مالکیته، و هی لا تقتضـی أزید من عدم التصـرف فیه بلا رضاه، لا تدارکه لو تلف.

و رابعا: انه لا یشمل عمل الحر بناءً علی عدم کونه مالا.

و اما حـدیث لاـ یصـلح ذهاب حق احـد فهو لا یـدل علی الضـمان. لان الکلام انما هو فی ثبوت الحق فی المقام، و الحکم لا یصـلح لإثبات موضوعه.

الخامس: قاعدة نفی الضـرر، بدعوی ان حکم الشارع بعدم ضـمان من تلف المال تحت یده ضرری علی المالک فینتفی لحدیث نفی الضرر «۱»، فیحکم بالضمان.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۲ و ۷- من أبواب کتـاب احیاء الموات و باب ۵- من أبواب کتاب الشـفعة و باب ۱- من أبواب موانع الإرث و غیرها من کتب الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷۸

]...[

و لكن بعد تسليم المبنيين اللذين بنى عليهما الشيخ ره فى محله، و عليهما يبتنى الاستدلال فى المقام: أحدهما: ان المنفى بحديث لا ضرر ليس خصوص الاحكام الوجودية المجعولة، بل كل ما هو من الإسلام وجودياً كان أو عدمياً. ثانيهما: ان مدلول حديث لا ضرر نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر، كان الضرر ناشئاً من متعلقه ام كان ناشئا من نفسه، كلزوم البيع الغبنى انه لا يصح الاستدلال به فى المقام من جهة ان حديث لا ضرر انما يدل على نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر، و ان الضرر يكون منفيا فى عالم التشريع، و لا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعى، فلو تضرر احد فى تجارته مثلا لا يجب على المسلمين تدارك ضرره، و هذا من الوضوح بمكان.

و فى المقام إذا حكم الشارع بالضمان فهو انما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفى الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك، مع ان الحديث لو كان مثبتا للزوم التدارك لما كان وجه للالتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم انتفاعه به و لا ـ إتلافه، فليكن سد ضرره من بيت مال المسلمين. فالأـظهر ان قاعدة نفى الضرر ايضا لا تفى بإثبات المطلب. فالعمدة حديث اليد، و هو انما يختص بالأعيان و المنافع، و لا يشمل مثل عمل الحر كما لا يخفى.

و هل هناك فرق بين العلم بالفساد و الجهل به ام لا؟.

أقول: الصور المتصورة اربع: علمهما بالفساد، و جهلهما به، و علم الدافع مع جهل القابض، و العكس.

و الاشكال انما هو فى صورتين منها، و هما: علم الدافع و جهل القابض، و علمهما به. و فى الصورة الاولى منهما اشكال آخر مختص بها، اما الاشكال المشترك فهو: ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة دفعه تسليطاً مجانيا و امانة مالكية.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۷۹

]...[

و فيه: انه يمكن ان يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذى بنى عليه تشريعاً. و بعبارة اخرى: بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث فى المقام، و اما إذا سلطه مجاناً فلا كلام فى عدم الضمان.

و أما الاشكال المختص فهو: ان الدافع إذا كان عالما بالفساد و القابض جاهلا به لا محالة يكون الدافع غاراً و القابض مغروراً، فلا يكون ضامناً لقاعدة الغرور.

و فيه: ان القابض انما قبضه لا مجانا بل مع العوض و اقدم على ذلك، فلا يكون مغروراً.

قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

المقام الثانى: فى عكس القاعدة، و هو: ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

و الكلام فيه فى مواضع:

الأول: ان الكلام فى مواد القضية هو ما تقدم فى اصل القضية، الا انه يشهد لعدم ارادة السببية من لفظة الباء فى هذه القاعدة انها لو كانت للسببية. لم تجد هذه القضية للحكم بعدم الضمان فى شىء من الموارد، إذ هى انما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان، و لا ينافى ذلك اقتضاء اليد أو غيرها للضمان، فالمتعين حملها على ارادة الظرفية.

الثانى: فى مدرك هذه القاعدة. فعن الشيخ فى المبسوط: الاستدلال لها: بان الضمان لأبد و ان يكون لإقدام الأخذ، أو لحكم الشارع به، و العقد الصحيح الذى ليس فيه اقدام على الضمان و لا حكم الشارع به فيه فالفاسد منه ايضاً كذلك فانه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۰

]...[

ليس فيه اقدام، و لا حكم للشارع فيه. اما الأول: فواضح، و اما الثانى: فلان حكمه به مع عدم التعبد الشرعى الخاص به لأبد و ان يكون من جهة إمضاء ما يقتضى الضمان المفقود فى المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع.

و لكن هذا الاستدلال مبنى على مسلكه فى الضمان فى فاسد العقود التى يضمن بصحيحها من التمسك بقاعدة الاقدام، و اما بناءً على كون المدرك حديث على اليد فهذا الاستدلال اجنبى عن المقام.

و ظاهر كلام شيخ الطائفة هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح و الفاسد، و قوله فكيف بفاسده أريد به التعجب، إذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول، لا بالأولوية كما فهمه الشيخ الأعظم ره. ثمّ انه على فرض ارادته الأولوية، مراده أولوية الفاسد بعدم الضمان من صحيحه لا أولوية فاسد ما لا يضمن بصحيحة من فاسد ما يضمن بصحيحة كما هو ظاهر توجيه الشيخ ره.

استدل الشيخ الأعظم ره على عدم الضمان فى غير التمليك بلا عوض- اعنى الهبة- فى مقابل اليد المقتضية له: بعموم ما دل على ان من استأمنه المالك على ماله غير ضامن، بل ليس له ان يتهمه «١».

و حاصله: ان حقيقة الاستئمان المالكى هى التسليط عن الرضا مجانا الموجود فى فاسد العقود التى لا يضمن بصحيحها.

و استدل له فى الهبة بفحوى ما دل على خروج صورة الاستئمان «٢»، فان استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه

(١) الوسائل باب ۴- من أبواب كتاب الوديعة.

(٢) الوسائل- باب ١- من أبواب كتاب العارية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ٣٨١

]...[

مجانا عدم ضمانه بطريق اولى. و لمن تأخر عنه فى كل من الموردين كلام.

اما المورد الأول: فأورد عليه المحقق الإيروانى: بان تسليط المالك ان وقع بزعم صحة المعاملة و مقيدا بها ثمّ ظهر عدم الصحة لم يكن هناك واقعا تسليط منه، فكانت اليد باقية تحت عموم على اليد القاضية بالضمان.

و فيه: ان حقيقة الاستئمان كما عرفت هى التسليط عن الرضا، و حيث ان دفع ما وقع عليه العقد فى هذه الموارد ليس عن اللابدية فلا محالة يكون دفعه المال تسليطا عن الرضا، و ان وقع باعتقاد صحة المعاملة.

و أما المورد الثانى: فقد أورد عليه المحقق الخراسانى: بان الأولوية انما تكون فيما إذا لم يكن هناك إتلاف، و الا فالضمان ثابت فى الأصل، مع انه فى المقبوض بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقا.

أقول: الظاهر ان مراد الشيخ ره انه فى الأصل انما يحكم بعدم الضمان من جهة ان اليد مأذونة و المالك سلطها عن الرضا، غاية الامر بما انه فى تلك الموارد لا- إذن و لا- رضا فى التصرف المتلف، فيلحق ذلك التصرف حكمه، و هذا بخلاف الهبة، فانه فى ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف حتى المتلف منه.

و وجه الأولوية انه فى تلك الموارد انما يكون هو التسليط عن الرضا، و فى الهبة يكون ذلك بزيادة قطع اضافة الملكية عن نفسه و وصلها بالموهوب له.

فتحصل: ان ما افاده الشیخ ره حق لا ریب فیه.

و یمکن ان یستدل علی عدم الضمان فی العقد الفاسد الذی لا یضمن بصحیحه بوجهین آخرین: أحدهما: السیرة العقلائیة علی عدم الضمان فی العقود المتضمنة للتسلیط المجانی، و هی تخصص قاعدة الید، و لا تصلح هی ان تکون رادعة عنها بعمومها کما حقق فی الأصول.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۲

[...]

الثانی: انصراف الحدیث عن الید المستندة الی التسلیط المجانی، و لعل وجهه ان قاعدة الید انما تکون عقلائیة ممضاة شرعا لا تعبدیة صرفة، و هی انما تکون لأجل احترام المال، و لا ریب فی سقوط احترام المال بتسلیط المالک غیره علیه مجانا. فإذاً لا ینبغی.

التوقف فی عموم هذه القاعدة. نعم یختص ذلک بما إذا کان التسلیط المشار إلیه باقیا الی حین التلف أو الإتلاف، فلو وهب ماله لذی رحمه بهبة فاسدة و اعتقد صحتها و لم یکن راضیا ببقاء الموهوب تحت یده و لا یسترده لاعتقاد لزومها، لا إشکال فی الضمان فی صورة التلف و الإتلاف لعموم قاعدتی الید و الإتلاف و عدم المخصص.

الموارد التی توهم عدم اطراد القاعدة فیها

الثالث: فی الموارد التی توهم عدم اطراد القاعدة أصلا و عکسا فیها:

منها ضمان العین المستأجرة، فان الإجارة الصحیحة لا توجب ضمانها، مع ان فاسدها یوجب الضمان.

الکلام فیه یقع فی موردین:

الأول: فی انه علی فرض ثبوت الضمان هل یکون ذلک نقضا لعکس القاعدة ام لا؟.

الثانی: فی انه هل الضمان ثابت ام لا؟.

اما الأول: فقد أفاد الشیخ ره فی وجه عدم کونه نقضا: بان المراد بالمضمون مورد العقد، و مورده فی الإجارة المنفعة، و العین فی حکمها یرجع الی القواعد. فإذا اقتضت ضمانها لا یکون ذلک نقضا لها.

و اورد علیه المحقق الخراسانی ره: بان حقیقة الإجارة جعل العین فی الکراء

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۳

[...]

و ملک المنفعة لازمها الغالبی، و الا فربما تقتضی ملک العین کإجارة الشاة فإنها تقتضی ملک لبنها، فمورد عقد الإجارة هو العین لا المنفعة.

و لکن یمکن دفعه: بان کون مورد العقد هو العین أو المنفعة اجنبی عما هو المیزان و الملاک للقاعدة، فان الضابط هو ان العقد الصحیح إذا أوجب الضمان المعاوضی ففی الفاسد منه ضمان الغرامة، و إذا لم یکن فی صحیحه الضمان من ناحیة العقد ففی فاسده ایضا لا ضمان، و الإجارة انما توجب الضمان بالإضافة الی المنفعة، و ان کان مورد العقد العین، و لا نظر لها الی العین، و لا تکون مقتضیة بالقیاس إلیها إثباتا و نفیا. و علیه فما افاده الشیخ ره متین.

و أما المورد الثانی: فقد اختلفت کلماتهم فیه، و ملخص القول فیه: انه فی الموارد التی لا یتوقف استیفاء المنفعة علی تسلیط المستأجر

علی العین کالدابة حیث انه لا- یتوقف استیفاء المنفعة منها و هی الرکوب علی استیلائه لامکان کون المالک هو السائق لا یکون ضمان، إذ بعد ما لا ملزم بالتسلیط یکون التسلیط عن الرضا، فتکون العین امانة مالکیة لما تقدم من ان حقیقة الاستئمان المالکی التسلیط عن الرضا.

و أما فی الموارد التی یکون استیفاء المنفعة متوقفا علی التسلیط، فان کان رضا المالک بذلک الحادث قبل العقد باقیا الی حین التسلیم کما هو الغالب فلا اشکال فی عدم الضمان ایضا من جهة الأمانة المالکیة، و ان لم یکن باقیا فیمکن ان یوجه عدم الضمان بان المتعاملین حین العقد متبانیان علی عدم ضمان العین لکون الإجارة مبنیة علی عدم الضمان، و مع هذا التبانی و اسقاط المالک احترام ماله لا تکون العین مشمولة لحدیث الید لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد. فإذاً لا دلیل علی الضمان و الأصل عدمه، بل یمکن الاستدلال علیه ببناء العقلاء علی ذلک، فالأظهر عدم الضمان علی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۴

[...]

جمیع التقادیر.

و قد استدل للضمان بوجهین ذکرهما الشیخ ره فی المکاسب (الأول): ان دفع المؤجر للعین انما هو للبناء علی استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع منه، و المفروض عدم الاستحقاق، فیده عدوان موجبة للضمان.

و فیه: ما عرفت من انه فی بعض الموارد تکون یده ید أمانیه لا عدوانیة، و فی بعضها الأخر لا تقتضی الضمان لانصراف حدیث الید و بناء العقلاء. و بذلک کله یظهر الجواب عن الوجه الثانی، و هو معارضة القاعدة هنا بقاعدة الید.

و منها: الصید الذی استعاره المحرم من المحل، بناءً علی فساد العاریة، فان المنسوب إلیهم ضمان المحرم بالقیمة، مع ان صحیح العاریة لا یضمن به.

أقول: لا بد أولا من الإشارة الإجمالیة الی حکم المسألة، ثمّ ملاحظة انه هل یکون نقضا علی القاعدة. ام لا.

اما الجهة الاولی: فمجمل القول فیها: انه ان قلنا بعدم حرمة إمساک الصید للمحرم و ان المحرم هو حدوث ذلک لا إبقائه، فلا اشکال فی صحة العاریة و عدم الضمان الا مع الإتلاف، و الا فبناء علی وجوب رده الی مالکه تقدیما لحق المخلوق علی حق الخالق أو مع الفداء جمعا بین الحقین، فلا- وجه للضمان، لان العاریة بنفسها لا تقتضیه من جهة الاستئمان المالکی، و المفروض عدم وجوب الارسال، فلا یتوهم الضمان من ناحیته.

و أما ان قلنا بوجوب الارسال فلا کلام فی الضمان، و کذا بعد الارسال إذا عد تلفا عرفا.

و أما قبله فقد نسب الی المشهور الضمان من حین وجوب الارسال، و استدل له بوجهین: الأول: ان وجوب ارسال الصید کاشف عن خروجه عن ملک مالکه بالعاریة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۵

[...]

و الا لزم التصرف فی مال الغیر من غیر اذنه، فیشمله ما دل علی ان من أتلف مال الغیر فهو له ضامن، إذ لا فرق فی هذه الکبری الکلیة بین إتلاف العین و إتلاف ملکیتها مع بقائها، فتکون القیمة ثابتة من حین العاریة. و لعله الی هذا نظر الشیخ ره حیث قال: ان المستقر علیه قهراً بعد العاریة هی القیمة لا العین، فوجوب دفع القیمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذی هو سبب لضمان ملک الغیر فی کل عقد لا بسبب التلف.

و فی کل من الصغری و الکبری نظر:

اما الاولی: فلان التمسک بأصالة العموم انما هو فیما إذا احرز الفردیة للعام و شک فی شمول حکمه له، کما لو علم عالمیة زید و شک فی وجوب إکرامه، فیتمسک بعموم أکرم العلماء لوجوبه. و اما لو احرز الحکم و شک فی فردیته للعام، کما لو علم عدم وجوب إکرام زید و شک فی انه عالم فیکون عموم أکرم العلماء مخصصا، أو غیر عالم، فلیس هناک تخصیص، فلا مجال للتمسک بأصالة العموم، و الحکم بعدم الفردیة کما حقق فی محله، و التمسک بعموم ما دل علی حرمة التصرف فی مال الغیر من دون رضاه فی المقام، انما یکون من قبیل الثانی کما لا یخفی، فلا مورد للتمسک به.

مع انه لو صح التمسک به لعارضه عموم آخر و هو ما دل علی ان اختیار المال بید مالکه و انه مسلط علیه، و هذا ینافی مع خروجه عن ملکه قهراً، مضافا الی ان لازم هذا انه لو عصی و رده المحرم الی مالکه یکون الضمان باقیا، مع ان الأصحاب أفتوا ببراءة ذمته فی هذا الفرض و أضف الی ذلک کله ان المعیر فی صورة العلم دخیل فی التلف، فان التلف بهذا المعنی اثر فعلهما معاً، و معه لا وجه للحکم بضمان المستعیر کما هو واضح.

و أما الثانیة: فلان الدلیل انما دل علی ان إتلاف مال الغیر موجب للضمان،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۶

[...]

و اما إتلاف الملکیة و ازالة العلقة فلم یدل دلیل علی انه موجب للضمان.

الوجه الثانی: ان من اسباب الضمان الحیلولة بین المال و مالکه، و هی کما تتحقق بعدم تمکنه عقلا من التصرف فیه، کذلک تتحقق بعدم تمکنه شرعا. و فی المقام علی تقدیر وجوب الارسال لا یتمکن المستعیر من رده إلیه شرعا، و معه یکون مقتضی قاعدة الحیلولة الضمان.

و فیه: ان المالک متمکن عقلًا و شرعاً من الاسترداد، و انما لا یتمکن المستعیر من الرد، و هذا لیس مورداً للقاعدة. مع ان دفع بدل الحیلولة انما هو من احکام العین المضمونة و لا یکون عدم التمکن من الأداء بنفسه من المضمنات، و معلوم ان ید المستعیر ید مأذونة غیر موجبة للضمان، مضافا الی ان المالک مع علمه بنفسه دخیل فی ذلک، فلا وجه لضمان المستعیر. و هناک وجوه أخر بیّنة الفساد، فالأظهر عدم الضمان قبل الارسال کما عن المصنف ره و غیره.

و أما الجهة الثانیة: فان بنینا علی عدم الضمان فلا کلام، و ان بنینا علی الضمان فحیث ان مدرکه صدق الإتلاف فعدم ورود النقض، واضح فانه انما یصح النقض إذا حکم به مع صدق التلف دون الإتلاف، إذ فی صورة الإتلاف فی صحیح العاریة ایضا یکون الضمان ثابتا.

و منها: ضمان المنافع غیر المستوفاة فی البیع الفاسد، مع انها غیر مضمونة فی البیع الصحیح. هکذا ذکر الشیخ ره هذا النقض، و لکن یرد علیه: أولا: ما سیأتی منه قده من نقل الأقوال الخمسة فی ضمان المنافع التی لم یستوفها المشتری فی الامر الثالث، فلیس الحکم بالضمان مسلما.

و ثانیا: ان التخصیص بغیر المستوفاة لا وجه له، فان المستوفاة ایضا مضمون بها فی الفاسد دون الصحیح.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۷

[...]

لا یقال: ان وجه الضمان فیها انما هو الإتلاف، و مورد القاعدة هو التلف.

فانه یقال: انه لا فرق بینهما، فان الإتلاف یصدق بالنسبة الی غیر المستوفاة ایضا بإمساک العین.

و کیف کان: فالکلام فی المقام انما هو فی انه علی فرض الحکم بالضمان هل یکون ذلک نقضا علی عکس القاعدة ام لا؟ و الشیخ ره سلّم ورود النقض من جهة ان المنفعة غیر مضمونة فی العقد الصحیح، لان الثمن انما هو بإزاء العین دون المنفعة.

و اورد علیه السید قده: بان المنافع و ان لم تکن مقابلة بالمال الا انها ملحوظة فی القیمة و زیادة الثمن، و هذا المقدار یکفی فی صدق کونها مضمونة.

و فیه: ان المیزان ان کان علی عالم اللب لزم عدم ضمان العین، و ان کان علی عالم الصورة لم یندفع الاشکال بذلک.

و ان شئت قلت: انه لا ریب فی ان المال فی البیع لیس بإزاء المنفعة و ان کانت هی الداعیة لجعل المال فی مقابل العین، و لذا لو فسخ البیع و کان المشتری مستوفیا لمقدار من المنفعة مع بقاء العین بحالها یرد جمیع الثمن، و لا یلاحظ شیء منه فی قبال المنفعة، و علیه فلا یتم هذا الجواب.

و الصحیح فی وجه عدم ورود النقض ان یقال: ان حکم المنفعة فی البیع حکم العین فی الإجارة، و هی لکونها خارجة عن مورد العقد لو حکم فیها بالضمان للقواعد لا- تکون نقضاً علی القاعدة، مع انه ستعرف انه یمکن ان یقال: ان القاعدة انما هی فی مورد التلف، و المنافع التی یحکم بضمانها انما هی فی صورة الإتلاف من جهة إمساک العین.

و منها: حمل المبیع فاسداً، فانه غیر مضمون فی الصحیح، مع انه مضمون فی البیع الفاسد. و الشیخ ره أجاب عنه: بانه یمکن ان یکون القول بالضمان فی صورة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۸

]...[

الاشتراط- ای جعل الحمل جزءاً من المبیع- و حینئذ لا نقض علی القاعدة، فان فی صحیحه ایضا الضمان.

و فیه: انه لا نقض علی القاعدة و ان قیل بالضمان فی صورة عدم الاشتراط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة و العقد بالنسبة إلیه لا اقتضاء. ثمّ ان الأظهر هو عدم الضمان من جهة ان اقدامه علی البیع الملازم للتسلیط علی الحمل بناء من المتعاقدین علی عدم الضمان بالقیاس الی الحمل و کونه امانة مالکیة، فلا یشمله حدیث علی الید کما تقدم. و تمام الکلام فی محله.

و منها: الشرکة الفاسدة بناءً علی انه لا یجوز التصرف بها، فانهم حکموا بضمان ما اخذه احد الشریکین عدوانا.

و فیه: ان عقد الشرکة بنفسه لا- یوجب جواز التصرف کی یقال انه فی صورة الفساد لا یجوز، فیکون المتصرف ضامنا، بل هو انما یکون فی صورة الاذن فی التصرف، و علیه فلا فرق بین الصحیح و الفاسد فی عدم الضمان، إذ لو اقتضی الاذن عدم الضمان فی الصحیح اقتضاه فی الفاسد ایضا.

یجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الی مالکه فورا

الثانی من الأمور المتفرعة علی عدم تملک المقبوض بالبیع الفاسد: وجوب رده فوراً.

و الکلام فی هذا الامر یقع فی جهات:

الاولی: فی مدرک وجوب الرد، و قد استدل له بوجوه:

الأول: الإجماع.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۸۹

[...]

و فیه: انه لمعلومیة مدرک المجمعین لا یعتمد علیه.

الثانی: التوقیع المروی عن الاحتجاج: لا یجوز لأحد أن یتصرف فی مال غیره الا باذنه «۱». بتقریب: ان الإمساک و لو آناً ما تصرف فی مال الغیر بلا رضا منه، فلا یجوز فیجب الرد.

و اورد علیه: بان التصرف من الصرف، فالمراد به التقلیب و التقلب، و لا یصدق ذلک علی مجرد الإمساک، و الظاهر من الکتاب تردد الشیخ ره فی تمامیة هذا الإیراد. و لکن عدم تمامیة الاستدلال به واضح، إذ لو کان الإمساک تصرفا لما دل هذا التوقیع الشریف علی وجوب الرد الا بناءً علی مقدمیه ترک الضد لوجود ضده، و المراد بالضدین فی المقام ما یعم المتماثلین ای ما لا یجتمعان، و وجوب نقیض الحرام، فانه حینئذ یکون الرد ضداً للإمساک، فإذا حرم الإمساک حرم ترک الرد لحرمة ذی المقدمة و هو الإمساک، و إذا حرم الترک وجب الفعل، و فی کلتا المقدمتین نظر بل منع، و علیه فلا یدل هذا الخبر علی وجوب الرد.

الثالث: موثق سماعة عن مولانا الصادق (علیه السلام) فی حدیث عن رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: من کانت عنده امانة فلیؤدها الی من ائتمنه علیها فانه لا یحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطیبة نفس منه «۲».

أقول: لا یرد علی هذا الحدیث الإیراد الأول علی الخبر المتقدم، حیث ان حذف المتعلق یفید العموم فیدل علی حرمة کل فعل له مساس بمال الغیر بلا اذنه، الا ان الاشکال الثانی یرد علیه.

---

(۱) الاحتجاج ص ۲۶۷- عن الأسدی العمری عنه (علیه السلام).

(۲) الوسائل- باب ۳- من أبواب مکان المصلی حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۹۰

[...]

لا یقال: ان ذلک لا یلائم مع صدر الحدیث الظاهر من وجوب الرد.

فانه یقال: ان ظهور التعلیل مقدم علی ظهور المعلل.

فالحق ان یستدل له: بانه المستفاد من النصوص المتفرقة، ففی صحیح البزنطی الوارد فی اللقطة: و ان جاءک طالب لا تتهمه رده علیه. و فی صدره فی الطیر الذی یعرف صاحبه قال (علیه السلام): إذا عرف صاحبه رده إلیه «۱». و غیر ذلک من النصوص.

فان المستفاد منها لا سیما بعد ملاحظة الآیة الشریفة الواردة فی الأمانات إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا «۲» و تسالم الأصحاب علی هذا الحکم، وجوب رد مال الغیر الی صاحبه.

الثانیة: فی معنی الرد و الأداء، و انه هل یکون مجرد اعلام المالک بذلک و التخلیة بینه و بین ماله، ام هو حمله إلیه و إقباضه منه، ام کل من الأمرین مصداق للأداء و الرد، ام یکون ذلک فی الأمانة بالتخلیة و فی غیرها بالإقباض من المالک کما لعله المشهور؟.

اقوال: الأظهر هو الأخیر، فان حقیقة الرد و الأداء إیصال الشیء الی محله، و حینئذ إذا کان المال امانة عند شخص فرده لیس الا بالتخلیة بینه و بین مالکه، لان بها یخلع الأمین نفسه عن السلطنة علیه و یدخله تحت سلطنة المالک و یوصل الشیء الی محله. و اما محل المال خارجا فهو کل مکان رضی به المالک أو الشارع الأقدس، و حیث ان وجود المال خارجا عن الأمین انما یکون برضا المالک أو باذن من ولی امره- ای الشارع الأقدس- فلا یکون فی غیر محله کی یکون مکلفا بالرد الخارجی.

و أما إذا کان المال مغصوبا فأداؤه و رده انما یکون بالإقباض منه، إذ کما ان

(۱) الوسائل باب ۱۵- من أبواب كتاب اللقطة حديث ۱.

(۲) النساء الآية ۵۸.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۹۱

]...[

كونه تحت سلطنة الغاصب فى غير محله- فلا بد من إيصاله الى محله- كذلك كونه عنده خارجا يكون فى غير محله، فلا بد من إيصاله إليه بالإقباض منه.

و بما ذكرناه ظهر انه لو نقل الأمين الوديعة من بلد الإيداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ و بدون اذن مالكه و الشارع، يجب ردها الى بلد الإيداع.

الجهة الثالثة: فى انه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الأمانة فيكفى فى رده التخلية، ام يكون من قبيل المغصوب فيجب الإقباض؟ و الأظهر هو الأول، و ذلك فى العقود الجائزة واضح، لأنه مع عدم كون المالك ملزما بالدفع لا محالة يكون دفعه للمال عن الرضا، و قد مر أن الاستئمان المالكى هو التسليط عن الرضا، و اما فى العقود اللازمة فلانه حين اقدامه على العقد المقتضى للدفع لا محالة كان راضيا بالدفع و التسليط، و الظاهر بقائه على حاله نوعا ما بعد العقد، و هذا هو الوجه فى كون يده أمانيه، فلا يرد عليه ما ذكره الشيخ ره بقوله: انه انما يكون اياه عوضا، فإذا انتفت صفة العوضية ... إلخ، إذ الوجه فى كونه استئمانا هو الاذن الخارجى لا الإذن العقدى.

و بما ذكرناه ظهر انه يمكن ان يقال: ان النزاع فى المقام صغروى، إذ من يقول بجواز التصرف يقول بذلك فيما إذا احرز رضا المالك بالتصرف فى ماله و لو كان رضا تقديريا، و من يقول بالعدم فإنما هو فى غير هذه الصورة.

الجهة الرابعة: فى انه إذا توقف الرد على المئونة، فهل يجب بذلها على المشترى من جهة انه لا يتم الرد الا به، ام لا يجب لقوله (عليه السلام) لا ضرر «۱»، ام هناك تفصيل بين المئونة القليلة و الكثيرة، فيجب البذل فى الاولى و لا يجب فى الثانية من

(۱) الوسائل- باب ۱۲- من أبواب كتاب احياء الموات- و غيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۹۲

]...[

جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة، بخلاف بذل المئونة الكثيرة، كما هو الظاهر من المتن فى بادئ النظر، ام يفصل بين ما إذا كانت المئونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد مال الغير فهو على القابض، و ان كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن و صريح المحقق النائينى ره؟ وجوه: أقواها الأخير، و ذلك لأنه إذا كانت المئونة بمقدار ما يقتضيه طبعا رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد أخص من حديث لا ضرر فيخصص به، و ان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل.

ضمان المنافع المستوفاة الثالث:

فيما لو كان للعين المبتاعة منفعة

اشارة

استوفاها المشتری قبل الرد.

و الکلام فی هذا الامر یقع فی مقامین:

الأول: فی المنافع المستوفاة.

الثانی: فی المنافع غیر المستوفاة.

[حکم المنافع المستوفاة]

اما الأول: فالکلام فیه یقع فی موردین:

أحدهما: فی الدلیل علی الضمان.

ثانیهما: فیما استدل به علی عدم الضمان.

اما المورد الأول: فیمکن ان یستدل له بوجوه:

الأول: عموم علی الید «۱». بناءً علی ما تقدم من ان الید علی المنافع انما تکون بتبع الید علی الأعیان، و ان الحدیث یدل علی الضمان.

(۱) سنن بیهقی ج ۶ ص ۹۰- و کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۹۳

[...]

الثانی: الروایة الواردة فی الامة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد ان أولدها المشتری، الدالة علی انه یأخذ الجاریة صاحبها و یأخذ الرجل ولده بالقیمة «۱». بالتقریب المتقدم فی أول هذا المبحث.

الثالث: صحیح ابی ولاد «۲» الآتی الدال علی ضمان منفعة المغصوب المستوفاة، نعم هذان الوجهان لا یصلحان للمعارضة مع دلیل عدم الضمان کما ستعرف.

الرابع: قاعدة من أتلف، المستفادة من النصوص الواردة فی موارد خاصة، و جملة منها موارد العقود الاستئمانیة کالمضاربة و الرهن و غیرها «۳». فانه حکم فیها بالضمان مع التعدی و التفریط، و جملة منها فی غیرها، مثل ما ورد فی القصّار یخرق الثوب من قوله (علیه السلام): فهو ضامن، أو غرمه بما جنت به یده «۴». و غیره.

و دعوی عدم صدق المال علی المنفعة قد مر جوابها فی أول الکتاب.

ثمّ انه قد استدل له بوجوه أخر: منها: قاعدة احترام مال المسلم، و منها: قاعدة نفی الضرر. و قد تقدم انه لا یمکن اثبات الضمان بهذه الوجوه.

و أما المورد الثانی: فقد استدل علی عدم الضمان: بالنبوی المرسل الخراج بالضمان) «۵» بتقریب: انه یدل علی ان من ضمن شیئا و تقبله لنفسه فخراجه- ای منافعه- له مجاناً.

(۱) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۳.

(۲) الوسائل- باب ۷- من أبواب کتاب الغصب- و باب ۱۷- من أبواب کتاب الإجارة حدیث ۱.

(۳) الوسائل- باب ۱- من أبواب کتاب المضاربة- و باب ۷- من أبواب کتاب الرهن.

(۴) الوسائل- باب ۲۹- من أبواب کتاب الإجارة.

(۵) راجع صحیح الترمذی ج ۵ ص ۲۸۵- و سنن ابی داود ج ۲ ص ۲۵۵ و المبسوط کتاب البیوع فصل الخراج بالضمان.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۹۴

]...[

و تنقیح القول فی النبوی المرسل بعد تسلیم قوة سنده لعمل قدماء أصحابنا به- مع انه محل نظر- فانه و ان استدل شیخ الطائفة به فی جملة من الموارد فی محکی المبسوط، و العلامة ره فی باب الغصب من کتاب التذکرة، الا ان هذا المقدار لا یکفی فی جبر ضعف السند. و بعد تسلیم ان ما ذکره العلامة ره من اختصاص النبوی بالبیع انما هو اجتهاد منه فی تطبیقه علی البیع، أنّه فیه احتمالات:

أحدها: ان المراد بالضمان المعنی الاسم المصدری، و کونه بمعنی التعهد المالی فیکون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعین، و ان کان ضمانه قهراً علیه کما فهمه أبو حنیفة.

ثانیها: ان المراد به المعنی المصدری، ای احداث الضمان إمضاء الشارع ام لا، فیکون مفاده ان المنافع لمن اقدم علی الضمان، فیشمل العقود المعاوضیة، صحیحة کانت ام فاسدة، و لا یشمل موارد عدم اقدام الشخص علی الضمان، و هو الذی فهمه ابن حمزة و جعله مدرکا لعدم ضمان المنافع فی المقبوض بالعقد الفاسد.

ثالثها: ان المراد بالضمان المعنی المصدری مع إمضاء الشارع له، فیختص الخبر بالعقود المعاوضیة الصحیحة، و الظاهر انه الذی فهمه المشهور منه.

رابعها: ان المراد به کون تلف العین مملوکة للشخص، یعنی ان المنافع تکون لمن کانت العین ملکه، بحیث لو تلفت تلفت من ملکه، و هو الذی فهمه شیخ الطائفة من الخبر. فیکون مفاده تبعیة ملکیة المنافع لملکیة العین، فیکون أجنبیا عن المقام.

خامسها: ان المراد بالضمان احد المعانی الثلاثة الاولی، و لکن مع کون المراد به ضمان نفس المنفعة لا العین، فیکون مفاده: ان المنافع تملک بلا ملک للعین، و یدل علی صحة الإجارة.

سادسها: ان المراد به ضمان الأرض، و المراد بالخراج الضریبة المعینة للأراضی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۹۵

]...[

الخراجیة، فیکون مفاده: ان الخراج یثبت فی عهدة ضامن الأرض و متقبلها.

سابعها: ان المراد به ضمان التکفل، فیکون مفاده: ان فائدة العین انما تکون بإزاء دخول العین فی کفالة مالکها، بحیث لو کان حیوانا لکان علیه نفقته و حفظه و إصلاحه.

اما الاحتمال الأخیر: فیدفعه: ان ملکیة المنفعة انما تکون تابعة لملک العین لا لکونها فی کفالته، مع انه یختص الخبر حینئذ بمثل الحیوان، و لا یشمل غیره.

و أما الاحتمال السادس: فهو خلاف إطلاقه، فان حذف المتعلق یفید العموم.

و أما الاحتمال الرابع: فقد مر ما فیه فی بیان المراد من قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده.

و أما الاحتمال الأول: فیدفعه صحیح ابی ولاد الآتی الدال علی ضمان المنافع زیادة علی ضمان العین.

و أما الاحتمال الثانی: فیدفعه انه مع عدم إمضاء الشارع لا تحقق حقیقة لاحداث الضمان، مع انه یلزم منه حینئذ ضمان المالک للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسلیم، مع انه یلزم منه انه لو ضمن بشیء فی ضمن عقد صحیح کونه مالکا لمنافعه فیدور الامر بین الثالث و

الخامس، و الأظهر هو الأول، فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشىء عليه التى هى الداعية إليه، و معلوم ان الداعى للإقدام على الضمان فى العقود المعاوضية هى المنافع، و مع الإغماض عن ما ذكرناه لإجمال الخبر لا يستند إليه فى الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفاة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۹۶

[...]

حكم المنافع غير المستوفاة

المقام الثانى: فى المنافع الفائتة بغير استيفاء.

فالمشهور فيها ايضا الضمان، و الكلام فيه فى موردين:

الأول: فى دليل الضمان.

الثانى: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الأول: فيدل على الضمان حديث على اليد بناءً على ما تقدم فى بيان مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده من شمول الحديث للمنافع.

و تشهد له ايضا قاعدة الإتلاف، فان حبس العين و منع مالكها عن الانتفاع بها إتلاف لمنافعها عرفا. و عن المحقق الخراسانى ره: الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها.

و فيه: ان أريد بذلك انه يصدق الاستيلاء و اليد على المنافع بالاستيلاء و اليد على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث اليد، و ان أريد به ما ذكره المحقق الإيروانى ره من ان أداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون الا بأدائها بمنافعها و فروعها، فيرد عليه: انه ان لم تصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدى شمول الحديث للعين فى ضمانها، فان الغاية أداء نفس ما يكون تحت اليد لا شىء آخر، و إن أريد به غير ذلك فعليه البيان.

و أما المورد الثانى: فقد استدل لعدم الضمان بوجوه:

الأول: ان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. ذلك، فان المنافع لا تضمن فى العقد الصحيح فكذلك فى فاسده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۳۹۷

[...]

و فيه: أولا: ما تقدم من ان القاعدة انما تختص بصورة التلف و لا تشمل صورة الإتلاف، و قد عرفت صدق الإتلاف على تلف المنافع.

و ثانيا: ان مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ضمان المنافع فى الإجارة الفاسدة، و بضميمة عدم الفصل بين البيع و الإجارة يثبت الضمان فى المقام.

و ثالثا: ما تقدم من ان المنافع خارجة عن مورد العقد و مصبه، و القاعدة أصلا و عكسا مختصة بما هو مصب العقد.

الثانى: ان البائع فى صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشترى على المنافع مجانا.

و فيه: ان البائع لا نظر له الى المنافع، و انما يسلّط المشترى على العين، إذ ليس متعلق العقد المنفعة، و انما هو العين، مع ان هذا لا يختص بغير المستوفاة كما لا يخفى.

الثالث: قوله (عليه السلام) فى الامة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد ان أولدها المشترى: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده

بقیمته «۱». بتقریب: انه یدل علی ضمان المنفعة المستوفاة، و ساکت عن ضمان غیرها فی مقام البیان.

و فیه: ان الخبر وارد فی مقام بیان منفعة واحدة، و انه یکون الولد حراً، و علیه قیمته، و لذا لم یتعرض لبیان المنافع المستوفاة الأخر من الطبخ و التنظیف و غیرهما.

و الغریب ان الشیخ ره فی أول هذا المبحث عند ذکر الدلیل علی الضمان فی المقبوض بالعقد الفاسد ذکر الروایة، و جعل هذه المنفعة من المنافع غیر المستوفاة، و فی المقام جعلها من المستوفاة، و قد تقدم ما هو الحق عندنا.

الرابع: صحیح محمد بن قیس الوارد فیمن باع ولیدة ابیه بغیر اذنه، قال (علیه

(۱) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۳.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۹۸

]...[

السلام): خذ ولیدتک و ابنها «۱». بتقریب: انه ساکت عن المنافع الفائتة، و هو و ان ورد فیما إذا کانت العین لغیر البائع، الا انه یدل علی حکم المقام بالأولویة. و یرد علیه ما أوردناه علی سابقه.

الخامس: صحیح ابی ولاد الآتی الدال علی ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غیرها «۲». و إذا ثبت عدم الضمان فی المغصوب ثبت فی المقام بالأولویة.

و فیه: انه لا یتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة، فانه و ان کان یتصور له منفعة اخری، الا انها تضاد مع ما استوفاه. و بعبارة اخری: کان للبغل منافع مختلفة علی سبیل البدل، و حیث انه استوفی واحدة منها و لم تکن هناک فائدة اخری یمکن استیفائها فائتة، کان علیه ضمان تلک المنفعة خاصة. مع انه (علیه السلام) فی هذا الصحیح فی مقام الرد علی ابی حنیفة و بیان ان علیه کری البغل و لیس فی مقام بیان احکام أخر.

فتحصل مما ذکرناه: ان الأظهر هو الضمان.

المثلی و القیمی

اشارة

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۶، ص: ۳۹۸

الرابع: إذا تلف المبیع فان کان مثلیا وجب مثله بلا خلاف.

و الکلام فی هذا الامر یقع فی مواضع:

الأول: فی تعریف المثلی و القیمی.

(۱) الوسائل- باب ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث ۱.

(۲) الوسائل- باب ۱۷- من أبواب کتاب الإجارة حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۳۹۹

[...]

الثانی: فی انه لو شک فی مورد فی انه یجب رد المثل أو القیمهٔ، مقتضی الأصول العملیهٔ رد أیهما.

الثالث: فیما تقتضیه الادلهٔ الاجتهادیهٔ.

[تعریف المثلی و القیمی]

و قبل الشروع فی البحث فی هذه المواضع لأبد من التنبیه علی امر، و هو: انه لم یقع لفظا المثلی و القیمی فی شیء من الروایات. نعم المشهور بین الأصحاب: انه لو تلف شیء تحت ید غیر المالک- الذی لا یکون مأذونا فیه- یجب رد مثله ان کان من المثلیات، ورد قیمته ان کان من القیمیات. بل ادعی علیه الإجماع، و حیث ان المثلی و القیمی لیسا من المفاهیم الواضحهٔ المصادیق، و اختلفت کلماتهم فیهما فی جملهٔ من الموارد، فقد وقع الخلاف فی انه هل یرجع الی العرف فی تفسیرهما و لا یتبع تفسیر العلماء و ان اتفقوا علی امر مخالف لما هو المتفاهم عند العرف، ام لأبد من البناء علی المثلیهٔ فی خصوص ما إذا اتفقت کلماتهم علی کون شیء کذلک و لا یرجع فی ذلک الی العرف، ام لا اعتبار بالعرف، و لا باتفاق العلماء، بل یرجع فی کل مورد الی ما یفهم من إطلاقات ادلهٔ الضمان.

و منشأ هذا الخلاف: ان الإجماع علی ضمان المثلی بالمثل و القیمی بالقیمهٔ، هل هو من قبیل الإجماع علی القاعدهٔ و یکون الإجماع کاشفا عن صدور الحکم عن المعصوم (علیه السلام) متعلقا بهذین العنوانین، ام هو من قبیل الإجماع علی الحکم فی الموارد الخاصهٔ یجمعها تفسیر المجمعین لها بذینک العنوانین، ام هو من قبیل الإجماع علی تفسیر الإطلاقات الواردهٔ فی الضمان و لیس من قبیل الإجماع علی القاعدهٔ و لا من قبیل الإجماع علی الحکم. إذ علی الأول لأبد من الرجوع فی تفسیرهما الی العرف کما هو الشأن فی العناوین المأخوذهٔ فی متون النصوص و لا عبرهٔ بتفسیر الفقهاء، و علی الثانی لا بد من الأخذ بما اتفق علیه المجمعون و لا عبرهٔ بنظر العرف و فهمهم کما هو

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۰۰

[...]

واضح، و علی الثالث لا عبرهٔ بشیء منهما.

و حیث انه لم یثبت کون الإجماع فی المقام من ای قسم من هذه الاقسام فلا دلیل لکون العبرهٔ بنظر العرف و لا بتفسیر الفقهاء، و علیه فیتعین الرجوع الی الادلهٔ- و ستعرف مقتضاها- فلا اثر للنزاع فی ان المثلی ما هو.

و کیف کان: فقد عرفت انه یقع الکلام فی مواضع:

الأول: فی تعریف المثلی و القیمی. فعن المشهور تفسیر المثلی: بانه ما یتساوی اجزاؤه من حیث القیمهٔ. و المراد من الاجزاء الجزئیات و الافراد، و المراد من التساوی التساوی من غیر جهۀ الکم.

فمحصل المراد: ان المثلی ما له مماثل فی الصورهٔ و الصفات التی تختلف بها الرغبات و تتفاوت بها القیم. و أظن ان ما عن التحریر من تفسیره بما تماثلت اجزاؤه و تقاربت صفاته، و ما عن الدروس و الروضهٔ من: انه المتساوی الاجزاء و المنفعهٔ المتقارب الصفات، و ما عن بعضهم من: انه ما یجوز بیعه سلما، و ما عن آخر: ما یجوز بیع بعضه ببعض. ایضا ترجع الی هذا المعنی، و لا اختلاف بینهم بحسب المراد.

و قد أورد علی هذا التعریف بایرادات:

الأول: انه ان أرید التساوی بالکلیة فالظاهر عدم صدقه علی شیء من الموارد، إذ ما من مثلی الا و اجزاؤه مختلفة فی القیمة کالحنطة، فان قفیزا من حنطة تساوی عشرة و من اخری تساوی عشرین. و ان أرید التساوی فی الجملة فهو فی القیمی موجود کالثوب و الأرض.

و فیه: ان المیزان وجود المماثل له، کان الجامع بینهما هو الصنف أو النوع أو الجنس، ففی الحنطة یکون کل صنف منها مثلیا. و هذا هو مراد من جعلها مثلیه.

الثانی: انه ان أرید تساوی الاجزاء من صنف واحد من حیث القیمة تساویا

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۰۱

]...[

حقیقیا، فقلما یتفق ذلک فی الصنف الواحد من النوع. و ان أرید تقارب اجزاء ذلک الصنف من حیث القیمة تحقق ذلک فی اکثر القیمیات.

و فیه: ان المراد هو الأول، و عرفت ان المراد هو التساوی فی الصفات الموجبة لاختلاف القیم، و علیه فدعوی اختلاف افراد الصنف الواحد فی الصفات الموجب لاختلافها فی المالیة مجازفة، و اختلاف الرغبات بملاحظة بعض الخصوصیات غیر الدخیلة فی المالیة بالنسبة الی الافراد من صنف واحد و ان کان لا ینکر الا انه لا یضر بالمثلیة.

الثالث: انه ربما یوجد لبعض ما هو من القیمیات مماثل بهذا المعنی، کما لو فرضنا حیوانین مثلیین فی جمیع الخصوصیات، مع انه لا ریب فی کون الحیوان قیمیا.

و فیه: ان المیزان هو وجود المماثل نوعا و بحسب الغالب، و لا عبرة بوجود المثل فی النادر، إذ اهل العرف یحکمون بضمان القیمة فی هذه الموارد.

و أما القیدان الآخران اللذین ذکرهما المحقق النائینی ره: أحدهما: ان یکون التساوی فی الصفات بحسب الخلقة الإلهیة کالحبوبات لاما کان کذلک بحسب الصناعة البشریة، فالمسکوکات من القیمیات لا المثلیات.

ثانیهما: ان لا یتغیر بالبقاء أو بتأثیر من الهواء کالفواکه. فلا یکونان معتبرین، إذ لا وجه لتوهم اعتبارهما سوی عد جمع من العلماء هذه الأشیاء- ای ما تساوت جزئیاته بحسب الصناعة البشریة، و ما یتغیر بالبقاء و بتأثیر الهواء من القیمیات- مع انه یکون الاختلاف فی ذلک بحسب الأزمان و الأمکنة و الکیفیات، و من الواضح انه لو کان شیء مثلیا فی زماننا کالثوب و الکتاب و غیرهما- یعامل معه معاملة المثلی و ان کان فی سالف الزمان من القیمیات.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۰۲

]...[

بیان ما هو المرجع عند الشک فی المثلیة و القیمیة

الموضع الثانی: فی بیان المرجع عند الشک فی المثلیة و القیمیة، و فیه وجوه و اقوال:

(۱) ان الأصل الذی یرجع إلیه هو تخییر الضامن بین المثل و القیمة.

(۲) انه تخییر المالک بینهما.

(۳) الضمان بالمثل.

(۴) الضمان بالقيمة.

(۵) القرعة.

(۶) الرجوع الى الصلح القهرى.

و قد استدل للأول: بأصالة براءة ذمة الضامن عما زاد على ما يختاره.

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان الإجماع قائم على عدم التخيير بين المثل و القيمة، فانه اما يتعين المثل أو القيمة.

و فيه: أولا: انه فى الشبهة الحكمية لم يثبت اجماع تعبدى على عدم التخيير بينهما واقعا، بل هو ايضا محتمل.

ثانيا: ان المجمع عليه انما هو عدم التخيير واقعا لا عدمه و لو فى الظاهر.

الثانى: ما عن جماعة من المحققين منهم المحقق النائينى و المحقق الأصفهانى، و هو: ان المقام من قبيل دوران الامر بين المتباينين. فان المراد بالقيمة ليس هى المالية السارية فى كل مال بالحمل الشائع- حتى يقال ان وجوب أداء المالية متيقن و الشك فى وجوب رعاية امر زائد و هى خصوصية الطبيعة المماثلة للتألف فيجرى عنها البراءة

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۰۳

]...[

- بل المراد بها المالية المحضة التى لا مطابق لها الا المالية القائمة بالدرهم و الدينار و أشباههما، و لذا ليس للضامن ان يؤدى بدل القيمى التالف شيئا آخر، فتعين النقود فى القيميات شاهد كون القيمة هى المالية المحضة لا المالية السارية، فالتفاوت بين المثل و القيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط لا، و الماهية بشرط شىء، و هما متباينان، فلا بد من الاحتياط، و لا مورد للبراءة.

و فيه: ان القيمة التى ضمن بها فى القيميات هى صرف المالية لا المالية بشرط لا، و حيث ان مطابقها هى النقود، و اما غيرها فيكون له مع قطع النظر عن المالية خصوصيات أخر، فللمالك طلب النقد خاصة و الامتناع عن قبول الخصوصية التى يبذلها الباذل. و لذا لو رضى المالك بشىء آخر غير النقدين كان اداؤه وفاءً لما فى ذمته و لا يحتاج الى معاملة جديدة. و عليه ففى مورد الشك فى المثلية و القيمية يصح ان يقال: ان اشتغال الذمة بصرف المالية معلوم، و الشك انما هو فى الاشتغال بالخصوصية الزائدة، و الأصل عدمه، و حيث ان الشك المزبور سبب للشك فى لزوم إعطاء صرف المالية المعراة عن الخصوصية تحصيلا لرضا المالك و ثبوت حقه فيها على وجه يكون له الامتناع عن الخصوصية لو أراد الضامن دفعها، فتجرى البراءة عن ذلك ايضا. فتكون نتيجة الأصلين تخيير الضامن فى دفع أيهما شاء.

الثالث: ان الدوران بينهما ان لم يكن من قبيل دوران الامر بين المتباينين فهو من قبيل دوران الامر بين التعيين و التخيير، و الأصل فيه التعيين، فيجب رد المثل.

و فيه: ما حققناه فى محله من ان الأصل فى الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين.

الرابع: ان الحكم الظاهرى يعتبر فيه عدم العلم بالمخالفة للواقع، و الا فلا يكون مجعولا. و فى المقام إذا علمنا بان الواقع اما المثل معينا أو القيمة كذلك، فيعلم بان التخيير غير مطابق للواقع، فلا وجه للبناء عليه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۰۴

]...[

و فيه: ان التخيير الذى بنينا عليه ليس بنفسه مفاد اصل من الأصول، بل هو نتيجة جريان البراءتين اللتين لا علم بمخالفة كل واحدة

منهما للواقع، و العلم بمخالفتهما معا للواقع لا تضر بجریانهما معاً.

فتحصل: ان الأظهر هو تخییر الضامن.

و قد استدل للثانی- و هو تخییر المالک-: بانه إذا لم تجر أصالة البراءة بالقیاس الی الضامن لما تقدم و تعین علیه دفعهما و اختار المالک أحدهما لا ریب فی کونه مسقطاً للذمة، لان ما یختاره اما هو البدل الواقعی، أو یکون بدل البدل من جهة رضاء المالک بغیر الجنس فی مقام الوفاء. و علی ای تقدیر یکون مسقطا، فما یختاره المالک یکون مسقطاً قطعاً و غیره مشکوک فیه، و الأصل عدم السقوط الا بما یختاره المالک.

و فیه: ان محل الکلام انما هو فیما إذا لم یرض المالک الا بما هو حقه، و لم یرض الضامن الا بدفع ما یجب علیه دفعه واقعا. و اما صورة تراضیهما علی امر فهی خارجة عن محل الکلام، فانه فی هذه الصورة لا کلام فی جواز رد القیمة و ان تعین دفع المثل، و کذلک العکس، و من المعلوم ان اختیار المالک لیس معینا لما یجب دفعه و لا هو بنفسه موضوع للحکم کما لا یخفی.

و استدل للثالث- و هو تعین المثل- بوجهین:

الأول: ان المثل و القیمة من قبیل الأقل و الأکثر، و الدوران بینهما من قبیل دوران الامر بین التعیین و التخییر، و الأصل فی هذا المورد هو التعیین.

و فیه: ما حققناه فی محله من ان الأصل فیه هو التخییر.

الثانی: ان مقتضی عموم علی الید هو تعین دفع المثل مطلقا، خرج عنه بالإجماع القیمیات، و من الواضح ان الإجماع انما یکون فیما ثبت قیمیته فالمرجع فی صورة الشک هو عموم العام.

]...[

و فیه: انه لو سلم کون مقتضی عموم علی الید هو تعین المثل مطلقا، ان الخارج عنه بالإجماع لیس هی الموارد الخاصة بل عنوان القیمی، فلو شک فی شیء انه قیمی أو مثلی یکون من الشک فی المصداق، و لیس المرجع فیه عموم العام لعدم جواز التمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة.

و استدل للقول الرابع: بان مقتضی النبوی هو لزوم دفع القیمة مطلقا، خرج منه المثلی، فمع الشک فیه یرجع الی عموم العام.

و فیه: - مضافا الی ما ستعرف من عدم دلالة النبوی فی نفسه علی ذلک- انه عند الشک فی کون شیء مثلیا بالشبهة الموضوعیة لا یرجع الی عموم العام کما تقدم آنفا.

و استدل للقول الخامس: بعموم ادلة القرعة «۱».

و فیه: أولا: انما یرجع إلیها فی صورة عدم تعین الوظیفة بالامارة أو الأصل، و قد عرفت ان مقتضی الأصل هو تخییر الضامن.

و ثانیا: انه تختص أدلتها بالشبهة الموضوعیة و لا تشمل الشبهة الحکمیة.

و استدل للقول السادس: بانه من جهة ان الامر دائر بین المتباینین، و کما یجب علی الضامن دفعهما معا قضاءً للعلم الإجمالی، لا یجوز علی المالک أخذهما للعلم الإجمالی بحرمة أخذ أحدهما، فلا مناص الا عن الصلح.

و فیه: ما عرفت من ان الأصل یقتضی تخییر الضامن.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۳- من أبواب کیفیة الحکم و احکام الدعوی من کتاب القضاء.

[...]

ما تقتضیه الادلة الاجتهادیة عند الشک فی المثلیة و القیمیة

الموضع الثالث: فیما تقتضیه الادلة الاجتهادیة فی هذا المقام، و الادلة التی رکنوا إلیها فی المقام ثلاثة:

الأول: النبوی المتقدم: علی الید ما أخذت حتی تؤدی «۱». و قد استظهر الشیخ ره منه تخییر المالک بتقریب انه یدل من جهة جعل الغایة أداء العین خاصة علی بقاء عهدة العین، و انه لا رافع لها سوی أدائها، و قد قام الإجماع علی سقوطها بدفع ما رضی به المالک و بقی الباقی.

و فیه أن الوجوه المحتملة فی الحدیث اربعة:

أحدها: أن یکون الحدیث مختصا بما قبل التلف من جهة ظهور کلمة حتی) فی کون مدخولها رافعا لما قبلها و غایة لها، و ظهور ذلک فی کونه ممکن الحصول، إذ علیه تکون الغایة قرینة علی اختصاص الحکم الثابت فی المغیا بحال وجود العین.

ثانیها: ان یکون الحدیث دالا- علی کون العین فی العهدة ما دام وجودها، و بتلفها تنقلب العهدة الی ذمة المثل أو القیمة کما علیه المشهور، من جهة ان مفاد الحدیث کون المأخوذ تلفه علی الآخذ.

ثالثها: ان یکون المراد به بقاء العین فی العهدة و لو بعد التلف، و یکون دفع المثل أو القیمة مسقطا لها، و قد اختاره جمع من المحققین لکونه من مراتب رد العین.

رابعا: ان یکون مفاده بقاء العین فی العهدة حتی بعد التلف، و دفع المثل أو

---

(۱) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰- و کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۰۷

[...]

القیمة انما یکون من باب الجمع بین الحقین، یعنی حق المالک لمطالبة العین، و حق الضامن کی لا یکلف بغیر المقدور.

و ما ذکره ره لا یتم علی شیء من هذه الوجوه، اما علی الأول: فواضح. و اما علی الثانی: فلان سقوط العهدة بالتلف معلوم، و الشک انما هو فیما ثبت فی الذمة، فلا وجه للتمسک بالعموم فی هذا المقام. و اما علی الثالث: فلان التخصیص الذی قام الإجماع علیه لیس بعنوان ما یختاره المالک، بل هو انما یکون بالمثل أو القیمة.

فعلی القول بأنهما من قبیل المتباینین لا- سبیل الی التمسک بالعموم، و علی القول بأنهما من قبیل الأقل و الأکثر، و ان کان یتمسک بالعموم فی الشبهة المفهومیة، و لکن لازمه تعین المثل، مع انه لا یرجع إلیه فی الشبهة الموضوعیة، و اما علی الرابع: فلا شک فی بقاء العهدة حتی یتمسک بالعموم، بل وجوب دفع البدل انما یکون ثابتا بدلیل آخر.

و یدفع الاحتمال الأول لزوم رکاکة هذا الکلام، إذ کون أداء العین رافعا و مسقطا لعهدتها واضح لا یحتاج الی بیان، مع ان ما ذکر من ظهور الجملة فی کون الغایة ممکن الحصول انما یتم بالقیاس الی ما لا- یمکن حصوله لاما إذا أمکن فی زمان دون زمان کما لا یخفی.

و یدفع الاحتمال الأخیر الضرورة و الإجماع. فیدور الامر بین الثانی و الثالث. و الأظهر هو الثالث، إذ کون العین بنفسها فی العهدة امر معقول ثبوتا حتی بعد تلفها، و عدمها فی عالم العین لا ینافی وجودها فی عالم الاعتبار، و حیث ان الظاهر من الحدیث کون المأخوذ

بنفسه فى العهدة فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره.

الثانى: ان مقتضى إطلاقات ادلة الضمان الواردة فى المغصوبات و الأمانات المفرط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل، إذ هى على كثرتها لا تكون متعرضة لبيان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۰۸

]...[

المضمون به الا ما شذ و ندر، فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس. و من المعلوم ان المتعيّن عندهم تعين رد ما هو الأقرب الى العين بعد عدم إمكان رد العين نفسها، و الأقرب هو المثل لكونه تداركا للمالية، و الخصوصيات الفائتة التى تختلف بها الرغبات، فيتعين ذلك.

ثمّ انه فى صورة عدم التمكن من رده ايضا يراعى ما هو الأقرب الى التالف بعد المثل، و هو القيمة من النقدين أو شبههما، لان غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، و معلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها. و بعبارة اخرى: ان غير النقدين انما يلاحظ مساواته للتألف بعد إرجاعه إليهما.

و فيه: أولا: انه لو تم لاختص لزوم أداء المثل بما إذا كان موجودا نوعا، إذ المعلوم من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمن بالأقرب مطلقا، فلا عبرة بوجوده أحيانا.

و ثانيا: ان الأقربية ليست مناط الحكم، بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو المتعارف عند الناس، و من المعلوم من حالهم انه لا نظر لهم فى هذا المقام الا الى المالية، و لذا تراهم لا يطالبون المثل لو سقط عن المالية، و لا يلتفتون إليه و لا يلزمون بدفعه إذا زادت قيمته.

و بالجملة: المعيار عندهم هو القيمة، و عليه فهذا الوجه يقتضى تعين القيمة.

الثالث: قوله تعالى: فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ «۱» قيل: انه يدل على تعين المثل فى المثلى و القيمة فى غيره، بتقريب ان مماثل

(۱) البقرة الآية ۱۹۴.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۰۹

]...[

ما اعتدى هو المثل فى المثلى و القيمة فى القيمى.

و اورد عليه بوجوه: الأول: انه مختص بالمتلف عدوانا.

الثانى: ان مدلوله اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به. الثالث: ان النسبة بين مقتضاه و مذهب المشهور عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الآية الشريفة و لا يضمن به عند المشهور، كما لو تلف عليه عبدا و له فى ذمة المالك بسبب القرض عبد موصوف بصفات التالف، فان مقتضى الآية الشريفة التهاتر القهرى، و المشهور غير ملتزمين بذلك.

و قد ينعكس الامر كما لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا، فان مقتضى الآية عدم جواز الزام المالك بالمثل لاقتضائها اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالية، و المشهور ملتزمون بتعين المثل، و قد يجتمعان فى المضمون به.

و فى الجميع نظر: اما الأول: فلعدم القول بالفصل.

و أما الثانی: فلان الظاهر من الآیـة المماثلة فی المعتدی به، لان حملها علی ارادة المماثل فی الاعتداء یسـتلزم کون الباء زائدة، و کون المثل صفة لمفعول مطلق محذوف- و هو الاعتداء- و هذا خلاف الظاهر.

و أما الثالث: فلعدم کونه اشکالا علی الاستدلال بالآیة الشریفة، مع انه ستعرف ما فیه.

و لکن الانصاف ان مقتضـی إطلاق الآیـة الشـریفة- لا سـیما بعـد ملاحظـة موردها و هو مقاتلة المشـرکین فی الشـهر الحرام، و ما عن التهذیب عن الامام الصادق (علیه السـلام) فی رجل قتل رجلا فی الحرم أو سرق فی الحرم قال (علیه السلام): یقام علیه الحد و صاغراً لأنه لم یر للحرم حرمة و قد قال اللّه تعالی: فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فقال: هذا هو فی الحرم، و قال:

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۱۰

[...]

فَلٰا عُدْوٰانَ إِلّٰا عَلَی الظّٰالِمِینَ «۱» - هو ارادة الأعم من المماثلة فی الاعتداء و المعتدی به و کیفیاته، الا انها لا تدل علی الضمان و اشتغال الذمة، بل تدل علی جواز الاعتداء بالمثل، فلو تصرف فی حنطته جاز له التصرف فی حنطته ایضا، و لا تدل علی أزید من ذلک.

ثمّ انه یقع الکلام فی انه علی فرض دلالة الآیة علی الضمان هل تدل علی ان ضمان المثلی انما یکون بالمثل و القیمی کما عن شیخ الطائفة، أو تدل علی وجوب المماثلة فی الحقیقة و المالیة فی جمیع الموارد کما اختاره الشیخ ره، ام تدل علی غیر ذلک؟.

أقول: محتملاتها اربعة: الأول: ان یراد بالمماثلة المماثلة المطلقة- ای المماثلة فی الحقیقة و المالیة- من جهة ان المماثلة المطلقة هی المماثلة بلا عنایة، و لازم ذلک ما افاده الشیخ ره من انه لو نقص قیمة المثل عن التالف لا یجتزی به فی مقام الأداء.

الثانی: ان یراد بها المماثلة فی الحقیقة خاصة، من جهة انها المماثلة العرفیة، و لازمه ما افاده المشهور من تعین المثل مطلقا و ان نقص قیمته عن التالف.

الثالث: ان یراد بها المماثلة فی المالیة، من جهة ان الأغراض العقلائیة فی باب الأموال متعلقة بحیثیة المالیة، و لازمه تعین القیمة مطلقا.

الرابع: ان یراد بها مطلق المماثلة- ای المماثلة من ای وجه کان- و لازمه التخییر فی أداء أیهما شاء، و الأظهر منها هو الثانی کما لا یخفی وجهه.

فظهر مما ذکرناه امور: الأول: ان ما نسب الی شیخ الطائفة من دلالة الآیة علی ان المثلی یضمن بالمثل و القیمی بالقیمة لا یمکن تصحیحه و تطبیق الآیة علیه.

الثانی: ان ما اختاره الشیخ الأعظم ره خلاف الظاهر.

(۱) الوسائل باب ۱۴- من أبواب مقدمات الطواف و ما یتبعها من کتاب الحج حدیث ۱.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۱۱

[...]

الثالث ان ما اختاره المشهور هو الذی تدل علیه الآیة علی فرض دلالتها علی الضمان.

إذا لم یوجد المثل الا بأکثر من ثمن المثل

اشارة

الخامس: ذكر فى القواعد: انه لو لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد.

قبل الشروع فى البحث لأبد من تقديم مقدمات:

الاولى: انه إذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها و ان زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية، أو لترقى القيمة السوقية. و ان نقصت قيمتها فان كان ذلك من جهة تلف وصف من أوصافها أو جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد، و ان كان ذلك من جهة تنزل القيمة السوقية يكتفى بردها لعدم اشتغال ذمته الا بها، بل لو سقطت عن المالية بالكلية لا يجب عليه رد شيء آخر.

الثانية: ما تقدم من ان الحق شغل الذمة بنفس العين الى حين الأداء، بمعنى كون العين فى العهدة و ان الانتقال الى المثل أو القيمة انما هو حين الأداء.

الثالثة: ان محل الكلام فى المقام ليس هو ما إذا ازدادت القيمة السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فانه لا إشكال فى هذا المورد فى وجوب الشراء، فانه ان أريد أداء القيمة لأبد من أداء قيمة يوم الأداء. فعلى اى تقدير يتعين صرف هذا المقدار من المال فلا وجه لتوهم عدم وجوب الشراء للضرر و غيره، بل محل البحث ما إذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمن غال، و الأقوال فيه ثلاثة:

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۱۲

]...[

الأول: وجوب الشراء كما عن جمع منهم العلامة و الشيخ ره.

الثانى: عدم وجوب الشراء و ان حكمه حكم تعذر المثل- و سيأتى- اختاره جمع آخرون.

الثالث: ما افاده السيد ره و غيره و هو التفصيل بين ما لو علم الأخذ بعدم الاستحقاق، و ما لو لم يعلم بذلك، فيجب الشراء فى الأول دون الثانى.

و استدل للأول: بإطلاق النص و الفتوى.

و فيه: ان إطلاق النص ترفع اليد عنه بحديث لا ضرر «۱» الحاكم على جميع ادل الاحكام الواقعية.

و اورد على التمسك بحديث لا ضرر. فى المقام بايرادت:

الأول: ان هذا الحكم بنفسه ضررى فى جميع الموارد، فلا محالة يكون دليله مخصصا للحديث.

و فيه: انه يتم بالنسبة الى المقدار الزائد كما لا يخفى.

الثانى: ان جريان دليل الضرر فى الزام الضامن بالشراء يعارض مع منع المالك من مطالبة المثل بحقه.

و فيه: ان كون حقه المثل فى هذا الفرض أول الكلام.

الثالث: انه لا ضرر فى متعلق التكليف و هو دفع المثل، و انما الضرر فى مقدماته و هو شراء المثل بأزيد من ثمن المثل. فلا وجه للتمسك بحديث نفى الضرر لعدم وجوبه.

و فيه: أولا: ان المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۲- من أبواب كتاب احياء الموات و غيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۱۳

]...[

و ثانیا: ان حدیث لا ضرر لا یختص بما إذا کان متعلق الحکم ضرریا، بل یدل علی نفی الحکم الناشئ من قبله الضرر. و فی المقام الضرر انما ینشأ من وجوب دفع المثل.

الرابع: انه اقدم الضامن بنفسه علیه بقبضه مال الغیر بلا استحقاق.

و فیه: أولا: انه لو تم فإنما هو فی صورة العلم بعدم الاستحقاق، و اما فی صورة الجهل فلا یتم، و بذلک ظهر مدرک القول الثالث.

و ثانیا: ان أخذ العین انما یکون اقداما علی ضمان المثل و ان کان لم یوجد الا بأکثر من ثمن المثل إذا کان حکمه فی الشریعة هو ذلک، فلا یصح تعلیل الحکم بذلک لاستلزامه الدور. و بعبارة اخری: الاقدام علی الضرر انما یکون متوقفا علی ثبوت هذا الحکم، و لو توقف ذلک علیه لزم الدور.

و ثالثا: ان الاقدام علی الضرر لیس من موانع جریان حدیث لا ـ ضرر الا ـ فی الموارد التی یکون رفع الحکم خلاف الامتنان أو غیر موافق له.

و الغریب ان السید قده فی العروة بنائه علی ذلک، و لذا افتی ببطلان وضوء من تحمل الضرر و توضأ، و مع ذلک فی المقام استند الی قاعدة الاقدام.

و رابعا: ان الاقدام المانع عن جریان الحدیث و التمسک به هو الاقدام علی الضرر- کما لو توضأ بالماء مع کون الوضوء ضرریا، أو اشتری شیئا مع علمه بعدم مساواته مع الثمن قیمة. و اما لو فعل فعلا، الذی لو حکم الشارع بحکم یکون ذلک الحکم ضرریا، کما لو أکل فی اللیل شیئا یکون اکله سببا لکون الصوم ضرریا علیه، أو اجنب نفسه مع کون الغسل ضرریا علیه- فلا یکون ذلک الاقدام سببا لعدم شمول الحدیث. فتدبر فانه دقیق.

و المقام من قبیل الثانی، فان أخذ العین هو المقدم علیه و هو لیس ضرریا،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۱۴

]...[

و الضرر انما ینشأ من حکم الشارع بوجوب رد المثل فیشمله لا ضرر.

فتحصل: ان مقتضی حدیث لا ضرر عدم وجوب الشراء. و یشهد له: - مضافا الی ذلک- ما تقدم من ان وجوب رد المثل انما هو فیما لو کان المثل کثیرا مبذولا، و الا فهو قیمی، و لا فرق فی ذلک بین کون عزة الوجود بدویة أو طارئة، فکون الشیء مثلیا فی زمان لا یوجب کونه کذلک الی الأبد. فالأظهر عدم وجوب الشراء.

و مما ذکرناه ظهر مدرک القول الثالث و جوابه.

إذا سقط المثل عن المالیة

قال الشیخ قده: بل ربما احتمل بعضهم ذلک مع سقوط المثل فی زمان الدفع عن المالیة ... إلخ.

أقول: قد تقدم انه لا إشکال فی انه إذا سقطت العین المأخوذة عن المالیة من دون ان ینقص منها شیء و لا من صفاتها و منافعها لا یجب علیه شیء سوی ردها، انما الکلام فیما إذا تلفت و کانت مثلیه و سقط المثل عن المالیة، و الأظهر هو عدم الانتقال الی القیمة و کفایة رد المثل، و ذلک فان مقتضی الادلة وجوب المثل، و اما المالیة المنتزعة من میل الناس و رغبتهم أو اعتبار من بیده الاعتبار کالتومان المتداول فی هذا الزمان فهی لا تکون مضمونة.

و ان شئت قلت: ان العین بما لها من الخصوصیات تکون فی العهدة الی حین الأداء، و هی فی الفرض حین الأداء لا قیمة لها، فلا وجه للانتقال الی القیمة، و أداء قیمة یوم الأخذ أو یوم التلف و الفائت انما هو رغبات الناس أو اعتبار المعتبر لا شیء من المأخوذ.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۱۵

]...[

و یشهد لما اخترناه- مضافا الی انه مقتضی القاعدة-: صحیح معاویة بن سعید عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلک الدراهم أو تغیرت و لا یباع بها شیء الصاحب الدراهم الدراهم الاولی، أو الجائزة التی تجوز بین الناس؟ فقال (علیه السلام): لصاحب الدراهم الدراهم الاولی «۱».

و قد استدل لضمان المالیة فی هذه الصورة بوجوه:

الأول: ان الزمان و المکان من خصوصیات العین الدخیلة فی مالیتها، فان الماء فی مفازة الحجاز غیر الماء علی الشاطئ، و الثلج فی الشتاء غیر الثلج فی الصیف، فإذا أخذ الماء فی المفازة و الثلج فی الصیف تکون خصوصیة الزمان و المکان فی عهدة الضامن و لا یکون ردهما فی الشاطئ و الشتاء أداء للمأخوذ، فلا مناص عن رد القیمة أداء للخصوصیتین.

و فیه: - مضافا الی ان لازم ذلک لزوم تدارک المالیة إذا سقطت العین عن المالیة، و تدارک النقصان إذا نقص المثل عن التالف من حیث القیمة، مع انهم غیر ملتزمین بذلک- ان الزمان و المکان لیسا دخیلین فی المالیة، بل اصل القیمة و ترقیها ینشئان من کثرة الراغب و قلة الوجود، کما ان عدمها و تنزلها ینشئان من کثرة الوجود و قلة الطالب بلا دخل للزمان و المکان فی ذلک، فان الثلج فی الصیف إذا کثر لو قل طالبه تنقص مالیته أو یسقط عنها، و هو فی الشتاء إذا قل و کثر راغبة یصیر غالبا. فالمعیار ما ذکرناه.

و بالجملة: سقوط المالیة تارة یکون من جهة نقص فی ذلک الشیء کما إذا صار الثلج ماءً، و اخری یکون من جهة عدم احتیاج الناس لأجل کثرة وجوده أو غیر ذلک مع بقائه علی ما هو علیه من الخصوصیات، ففی الأول یحکم بالضمان لعموم

(۱) الوسائل باب ۲۰- من أبواب الصرف حدیث ۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۱۶

]...[

أدلته، و لا یحکم به فی الثانی.

الثانی: حدیث لا ضرر «۱» بتقریب: ان المأخوذ حین اخذه کان له مالیة، فإذا رد مثله مع عدم المالیة له من دون تدارکها یکون ذلک ضرراً علی المالک، و الحدیث ینفیه.

و فیه: انه لو کان مفاد الحدیث ما اختاره بعض معاصری الشیخ الأعظم ره- و هو نفی الضرر غیر المتدارک- تم ما ذکر، فان لازمه ثبوت التدارک فی موارد الضرر بالأمر به فی الشریعة المقدسة، و ان کان ثبوت ضمان الأخذ علی هذا الوجه ایضا لا یخلو من اشکال، فان غایة ما یقتضیه هذا المسلک لزوم التدارک، اما کون المتدارک هو الأخذ فلا یدل علیه، فلیکن التدارک من بیت المال. و لکن قد حققنا فی محله ضعف المبنی، و ان الحدیث انما ینفی الاحکام الضرریة و لا یثبت به حکم، فلا یثبت به الضمان فی المقام.

الثالث: ما افاده المحقق الأصفهانی ره، و هو: ان دلیل وجوب رد المثل انما یکون دلیلا علی التضمین و التغریم، فلا بد من رعایة حیثیة المالیة، إذ المال التالف لا یتدارک الا بالمال. ثمّ قال: و منه تبین الفرق بین سقوط العین عن المالیة و سقوط المثل عن المالیة، فان رد الملک بلحاظ ملکیتها لا بلحاظ مالیتها، لکن التضمین و التغریم بلحاظ مالیتها، فیجب حفظ المالیة فی الثانی دون الأول.

و لکن یرد علیه قده أمران: الأول: انه لا فرق بین العین و المثل، و وجوب رد کلیهما انما ثبت بعموم علی الید، و هو بالنسبة إلیهما علی حد سواء، فلو قلنا بلزوم غرامة المالیة فی المثل لا مناص عن القول به فی العین.

(۱) الوسائل- باب ۱۲- من أبواب کتاب احیاء الموات و غیره من الأبواب.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۱۷

[...]

الثانی: ان ادلهٔ الضمان انما تدل علی وجوب رد العین مع وجودها، و المثل بعد تلفها ان کان مثلیا، و قد تقدم ان المماثلهٔ المعتبرهٔ هی المماثلهٔ من حیث الحقیقهٔ، و حیث ان المالیهٔ لیست صفهٔ فی العین أو المثل، فلا وجه لضمانها.

و ان شئت قلت: ان العین بعد تلفها انما تکون فی العهدهٔ الی حین الأداء، و هی علی الفرض لا مالیهٔ لها حینه، فلا وجه لأدائها.

فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر ره و احتمله فی القواعد من انه إذا سقط المثل عن المالیهٔ لا ینتقل الفرض الی القیمهٔ بل یکفی رد المثل.

قال الشیخ: ثمّ انه لا فرق فی جواز مطالبهٔ المالک بالمثل بین کونه فی مکان التلف أو غیره، و لابین کون قیمته فی مکان المطالبهٔ أزید من قیمته فی مکان التلف وفاقا لظاهر المحکی عن التحریر و التذکرهٔ و الإیضاح و الدروس و جامع المقاصد. انتهی.

أقول: لا ینبغی التوقف فی جواز مطالبهٔ المالک لماله من العین أو المثل فی ای مکان کان لعموم الناس مسلطون علی أموالهم «۱» و کذا لا إشکال فی وجوب رد العین إذا کانت موجودهٔ، و المثل إذا کانت قیمته فی مکان المطالبهٔ مساویهٔ لقیمته فی مکان التلف، انما الکلام فیما إذا کانت قیمته فی مکان المطالبهٔ أزید من قیمته فی مکان التلف، و فیه وجوه و اقوال:

الأول: وجوب رده علی الضامن.

الثانی: عدم وجوبه.

(۱) البحار ۲- ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۱۸

[...]

الثالث: التفصیل بین البلدان التی نقل الضامن العین إلیها و بین غیرها، فان طالبه فی احد تلک البلدان وجب الرد، و ان طالبه فی غیرها لا یجب.

و استدل السید قده للأخیر: بانصراف ادلهٔ الضمان نظیر ما یقال فی القرض من الانصراف الی بلد وقوعه، فان المستفاد منها وجوب الرد و الدفع فی مکان ذلک المال، و لا یفهم جواز الإلزام بذلک فی کل مکان أراد المالک.

و فیه: انه فی باب القرض یتم ما ذکر لکون الانصراف هناک عقدیا، و هذا بخلاف باب الضمان.

و الأظهر هو الأول، لان العین لا تخرج عن العهدهٔ بعد تلفها کما تقدم، فمال المالک فی عهدهٔ الضامن، و مقتضی عموم علی الید ما أخذت و غیره من الادلهٔ لزوم الخروج عن عهدته فی ای مکان کانت المطالبهٔ.

لو تعذر المثل فی المثلی

السادس: فیما لو تعذر المثل فی المثلی.

و الکلام فی هذا الامر یقع فی مقامات:

الأول: فى انه إذا تعذر المثل فى المثلى هل يكون مضمونا بالقيمة ام لا؟ و الكلام فى هذا المقام يقع فى موردين:

الأول: فى ما إذا طالب المالك.

الثانى: فى فرض عدم مطالبته.

اما المورد الأول: فقد استدل على الانتقال الى القيمة بوجوه:

أحدها: ما ذكره الشيخ ره بقوله: لان منع المالك ظلم، و إلزام الضامن بالمثل

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۱۹

]...[

منفى بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين.

و فيه: ان الامتناع عن أداء القيمة انما يكون ظلما إذا كان حقه هو القيمة فى فرض تعذر المثل، و الا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا انه ممنوع عن حقه، فثبوت الاستحقاق به دورى.

الثانى: ما افاده السيد فى الحاشية و المحقق النائينى ره، و هو: أنّه للعين جهات ثلاث: الخصوصية الشخصية، و الخصوصية النوعية، و الحيثية المالية. فبمقتضى الادلة وجب رد جميعها على الأخذ، فكما انه إذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الأخيرتين، كذلك إذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.

و فيه: ان المالية الواجب ردها فى المثلى انما هى المالية الخاصة الموجودة فى المثل، فوجوب رد مالية اخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج الى دليل آخر.

الثالث: ما استند إليه السيد ره ايضا، و هو حديث لا ضرر «۱» فانه يدل على نفى كل حكم وجودى أو عدمى ينشأ منه الضرر فى الشريعة، و من تلك الاحكام هذا الحكم.

و فيه: ان لزوم الصبر على المالك و جواز تأخير الضامن بالقياس الى المثل و ان كانا ضررين الا انهما عقليان و من باب تعذر أدائه، و اما عدم لزوم أداء القيمة فهو لا يكون ضررا عليه، فان الامتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه، و اثبات حقه به دور واضح.

---

(۱) الوسائل باب ۱۲- من أبواب كتاب احياء الموات و غيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۲۰

]...[

الرابع: ما افاده الشيخ ره ايضا، و هو قوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ «۱» بتقريب: ان الضامن إذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى.

و فيه: ان الآية على فرض دلالتها على الضمان، انما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل، و لا تدل على ان الاعتداء المأمور به هو ما لا يزيد على ما اعتدى عليه، و الا لزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل.

و الصحيح ان يستدل له بما تقدم من ان الشيء إذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمى، من غير فرق بين التعذر فى جميع الاعصار أو فى عصر واحد و من باب الاتفاق. فالمثلى المتعذر مثله قيمى، فللمالك مطالبة القيمة لأنها حقه.

و الغريب ان المحقق النائينى ره مع تصريحه بهذا فى الامر السابق لم يلتزم به فى المقام، بل صرح بخلافه. فراجع.

المورد الثانى: فى انه إذا لم يطالب المالك فهل للضامن الزام المالك بقبول القيمة ام لا؟ فيه وجهان بل قولان: أظهرهما الأول، فانه

بناءً علی ما عرفت فی وجه لزوم أداء القیمة لو طالب المالک یکون حق المالک ثابتا فی القیمة قبل المطالبة، فللضامن إلزامه بقبول حقه.

نعم بناءً علی ما افاده الشیخ ره فی وجه ذلک أولا لیس للضامن إلزامه بذلک، فان الانتقال الی القیمة انما یکون من جهة الجمع بین الحقین، فإذا لم یطالب المالک لما کان وجه للانتقال.

و بهذا التقریب یظهر انه لا یرد علیه ما ذکره المحقق الإیروانی ره من انه إذا

---

(۱) البقرة: الآیة ۱۹۴.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۲۱

]...[

جاز للمالک مع تعذر المثل مطالبة القیمة کشف ذلک عن ان حقه هو القیمة، فجاز إلزامه بأخذ القیمة و تفریغ ذمة الضامن عن حقه.

فی ان العبرة فی قیمة المثل المتعذر بقیمة ای یوم

المقام الثانی: فی ان العبرة فی قیمة المثل المتعذر بقیمة ای یوم، و الوجوه المحتملة التی بعضها اقوال خمسة عشر، الا ان ما یمکن ان یذکر له وجه عشرة کما ستعرف. و منشأ الاختلاف الخلاف فی أمرین:

أحدهما: ان المدار فی القیمی علی قیمة یوم الدفع، أو قیمة یوم الغصب، أو قیمة یوم التلف، أو اعلی القیم من یوم الأخذ الی یوم الدفع، أو الأعلی من یوم الأخذ الی یوم التلف. و سیأتی فی الامر السابع تنقیح القول فی ذلک.

ثانیهما: انه بناءً علی الانتقال الی القیمة هل العین تصیر قیمیة أو القدر المشترک بینهما یکون قیمیا؟.

و حق القول فی المقام یقتضی البحث فی موردین:

الأول: فی بیان المختار.

الثانی: فی بیان الوجوه التی ذکرت أو یمکن ان تذکر لسائر الأقوال.

اما الأول: فحیث عرفت ان العین تکون فی العهدة الی زمان الأداء، و عرفت فی ضابط القیمی و المثلی ان العین المتعذر مثلها تصیر قیمیة، و ستعرف ان العبرة فی القیمیات بقیمة یوم الأداء، فلا محالة تعرف ان المدار فی المثل المتعذر مثله علی قیمة یوم الدفع.

و أما الثانی: فان قیل: ان المأخوذ بنفسه یصیر قیمیا، تأتی فیه احتمالات خمسة،

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۲۲

]...[

و هی: قیمة یوم الأخذ.

قیمة یوم التلف. قیمة یوم الأداء. اعلی القیم من یوم الغصب الی یوم التلف. اعلی القیم من یوم الغصب الی یوم الدفع.

و ان قیل: ان المثل یصیر قیمیا، جاء فیه ایضا احتمالات خمسة، و هی: قیمة یوم الغصب، و هو یوم تلف العین، فانه یوم غصب المثل، و کونه فی الذمة الی یوم إعواز المثل. قیمة یوم الأداء. قیمة یوم الاعواز باعتبار کونه یوم تلف المثل. اعلی القیم من یوم تلف العین الذی هو یوم غصب المثل الی یوم إعواز المثل الذی هو یوم تلفه. اعلی القیم من یوم تلف العین الی یوم الأداء.

و ان قیل: ان الجامع بینهما یصیر قیمیا، جاء فیه ایضا احتمالات خمسة، و هی: قیمة یوم الأداء. و قیمة یوم الغصب، و هو یوم غصب

العین، إذا غصب القدر المشترک یکون بغصب العین. و قیمة یوم التلف، و هو یوم إعواز المثل، فان تلف القدر المشترک یکون بتعذر المثل و عدم التمکن من أدائه و اعلی القیم من یوم الغصب الی یوم الدفع. و اعلی القیم من یوم الغصب الی یوم التلف.

و حیث ان احتمالین من احتمالات کون المثل قیمیا- و هما الأولان- ینطبقان مع احتمالین من القول بکون المأخوذ قیمیا- و هما الثانی و الثالث- کما لا یخفی، و احتمالات اربعة من القول بکون الجامع یصیر قیمیا، و هی غیر الأخیر ینطبق مع احتمالات القولین الأولین، و انما لا ینطبق خصوص الأخیر من جهة انه علی هذا المسلک یکون هو الأعلی من یوم غصب العین الی یوم الاعواز.

فالمتحصل من هذه المسالک: ان الاحتمالات التی لها وجه تسعة. و هناک احتمال آخر، و هو: کون المدار علی قیمة یوم المطالبة بناءً علی ان انقلاب المثل إلیها انما هو حینها. هذه هو المحتملات التی لها وجه، و اما غیر ذلک من الاحتمالات فاما لا أساس لها، أو لا تتفاوت بها القیمة مع المحتملات المذکورة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۲۳

]...[

فتحصل ان المحتملات التی لها وجه عشرة:

الأول: قیمة یوم قبض العین.

الثانی: قیمة یوم تلفها.

الثالث: قیمة یوم إعواز المثل.

الرابع: قیمة یوم الدفع.

الخامس: اعلی القیم من یوم قبض العین الی یوم الدفع.

السادس: اعلی القیم من یوم تلف العین الی یوم الأداء.

السابع: اعلی القیم من یوم قبض العین الی یوم تلفها.

الثامن: اعلی القیم من یوم قبض المثل- ای تلف العین- الی یوم الاعواز.

التاسع: اعلی القیم من یوم قبض العین الی یوم الاعواز.

العاشر: قیمة یوم المطالبة.

و بذلک یظهر عدم تمامیة ما افاده المحقق النائینی ره، و هو: ان المحتملات ثمانیة، مع ان المحتمل الثالث فی کلامه قده متحد مع الخامس. فراجع و تدبر.

لا فرق بین التعذر البدوی و الطاری

المقام الثالث: ظاهر کلام المصنف ره اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طروء التعذر، لاما تعذر فیه المثل ابتداءً. و عن جامع المقاصد: انه حینئذ یتعین کون التالف قیمیا. و ذکر فی وجه التفصیل امور:

الأول: انه فی صورة التعذر ابتداءً لا یکون التکلیف بأداء المثل منجزاً فی وقت من الأوقات، و هذا بخلاف صورة التعذر الطارئ.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۲۴

]...[

و اورد علیه الشیخ ره: بان التمکن من الأداء لیس شرطاً فی الحکم الوضعی، ای اشتغال الذمة بالمثل، کما لا یشترط فی استقراره

استدامته.

و لکن: یرد علی الشیخ ره: ان مبنی التوجیه المزبور علی ان الضمان لیس بنفسه امرا اعتباریا استقلالیا، بل هو منتزع من التکلیف الفعلی بأداء البدل، و اساس الإیراد انما هو کونه امراً اعتباریا مستقلا فی الجعل، فهما لا یردان علی مبنی فأرد.

فالحق ان یورد علیه: بانه بناءً علی کونه امرا اعتباریا، ان صح اعتباره فی فرض التعذر الطارئ صح فی الابتدائی ایضا، فانه إذا لم یکن مانع من اشتغال الذمهٔ بالشیء مع عدم التمکن من أدائه صح ذلک فی التعذر البدوی، و الا لما صح بقاءً ایضا.

الثانی: ما ذکره الشیخ ره، و هو: ان الادلهٔ فی مقام الاثبات قاصرهٔ عن الشمول لصورهٔ التعذر البدوی، و اما إذا طرأ العجز فلا دلیل علی سقوط المثل أو انقلابه قیمیا.

و فیه: انه إذا کانت الادلهٔ فی مقام الاثبات قاصرهٔ عن شمول صورهٔ التعذر الابتدائی، لزم ان لا تکون الذمهٔ مشغولهٔ بالقیمهٔ فی القیمی مع تعذر أدائها ابتداءً.

الثالث: ما ذکره بعض أکابر المحققین، و هو: ان الفرق بین العجز البدوی و الطارئ عدم صدق ضابط المثلیهٔ فی الأول، و صدقه فی الثانی.

توضیحه: ان ضابط کون الشیء مثلیا کون الشیء ذا مماثل موجود لا کونه ذا مماثل نوعا، و علیه فمع العجز البدوی لا یکون التالف مثلیا بخلاف صورهٔ طروء العجز.

و فیه: انه إذا کان ضابط المثلیهٔ کون الشیء ذا مماثل موجود، فعند طروء التعذر لا یکون بقاءً کذلک، فلا مناص عن القول بالانقلاب.

فتحصل: انه لا فرق بین الصورتین.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۲۵

[...]

ثمّ ان هذا کله علی مسلک المشهور من اشتغال الذمهٔ بالمثل أو القیمهٔ و اما علی المختار من کون العین فی العهدهٔ، فعدم الفرق أوضح.

المراد من إعواز المثل

المقام الرابع: فی بیان المراد من الاعواز.

فعن المصنف: ان المراد به عدم وجوده فی البلد و ما حوله، و عن المسالک زیادهٔ قوله: مما ینقل إلیه عادهٔ، و عن المحقق الثانی: الرجوع فیه الی العرف.

و الشیخ ره ذهب الی الأخیر بناء علی الإجماع علی ثبوت القیمهٔ عند الاعواز، و اما إذا کان المجمعون بین معبر بالاعواز و معبر بالتعذر کان المتیقن الرجوع الی الأخص و هو المتعذر. ثمّ مال قده الی ما عن العلامهٔ من جههٔ النص الوارد فی السلم انه إذا لم یقدر المسلم إلیه علی إیفاء المسلم فیه تخیر المشتری. بتقریب: انه من المعلوم ان المراد بعدم القدرهٔ بحسب المتفاهم العرفی ذلک، ثمّ قال: و هذا یستأنس به للحکم فیما نحن فیه.

أقول: ان الاعواز و التعذر لم یردا فی روایهٔ، و لا هما معقد اجماع تعبدی حتی ینازع فی صدقهما، بل الفقهاء بعد استخراجهم الحکم من القواعد عبروا بهما، و علیه فیتعین ملاحظهٔ القواعد.

و محصل الکلام: ان هنا مسألتین- بعد مفروغیهٔ انه إذا کان المثل موجودا لیس للمالک مطالبهٔ القیمهٔ و إلزام الضامن بأدائها و له

الإلزام بأداء المثل.

الاولی: انه متی لیس للمالک الزام الضامن بالمثل.

الثانیة: انه متی للمالک إلزامه بأداء القیمة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۲۶

[...]

اما الاولی: فلیس للمالک إلزامه بأدائه إذا لم یتمکن عقلا أو شرعا، بان کان الأداء ضرریا علیه أو حرجیا. و بعبارة اخری: متی انتفی احد الشروط للتکلیف، من غیر فرق فی ذلک بین وجود المثل فی البلد أو غیره، کما ان له إلزامه به إذا کانت شروط التکلیف موجودة، و لو کان المثل فی بلد بعید.

و أما الثانیة: فلیس له إلزامه بأدائها الا إذا تعذر عقلا المثل، و الا فلو لم یکن متعذرا عقلا و لکن کان أدائه حرجیا أو ضرریا له ان یتحمل الضرر و الحرج، و یؤدی المثل. و هذا ایضا لا فرق فیه بین البلد و غیره.

فی معرفة قیمة المثل

المقام الخامس: فی معرفة قیمة المثل.

أقول: منشأ اختلاف القیمة ان کان اختلاف الأیام و الفصول، فقد تقدم الکلام فی تعیینها، و ان کان اختلاف الأمکنة فسیأتی الکلام فیه، و ان کان اختلاف الأیام فی عزة الوجود و کثرته، فالمیزان هو قیمة الیوم الذی عین لذلک، کان هو یوم الغصب أو یوم التلف أو یوم الأداء أو غیر ذلک.

و بالجملة: حیث عرفت ان العین انما تکون فی العهدة الی حین الأداء- و لذلک بنینا علی ان المدار علی قیمة یوم الأداء- فیفرض العین موجودة یوم الأداء، و تقوّم و تؤدی تلک القیمة الفرضیة. فلا اشکال فی المسألة.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۲۷

[...]

الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف

السادس: إذا کانت قیمة المثل فی بلد المطالبة مخالفة لقیمته فی بلد التلف، فهل الاعتبار ببلد المطالبة، أو ببلد التلف، أو یتخیر المالک فی التعیین، أو یتخیر الضامن فیه؟ وجوه:.

أقول: المسألة مبنیة علی مسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره، و قد عرفت ان الأظهر جواز المطالبة فی کل مکان شاء المالک، و علیه فالعبرة فی المقام ببلد المطالبة.

و فصّل فی المبسوط، بما محصله: ان للمالک مطالبة القیمة فی کل مکان کان له مطالبة المثل، فان کان المثل مما لا مئونة فی نقله کان له المطالبة بالقیمة مطلقا، و ان کان فی نقله مئونة فان کانت القیمتان متساویتین فله المطالبة بها ایضا مطلقا، و ان کان فی نقله مئونة و کانت القیمتان مختلفتین فلیس له الا مطالبة قیمة بلد التلف.

و لکن یرد علیه: ان الضرر الذی لأجله حکم فی الصورة الأخیرة بعدم لزوم أداء المثل أو قیمته فی بلد المطالبة: ان کان من جهة الاحتیاج الی مئونة النقل، فهو موجود فی الصورة الثانیة، و ان کان من جهة زیادة القیمة فهو موجود فی الصورة الاولی، و ان کان من

جهـة مجموع الأمرين فيرد عليه: ان الانضـمام يوجب زيادة الضـرر لا أصـله، فالالتزام بالتفصـيل، و ان له المطالبة فى اى مكان شاء فى الصورتين الأوليتين و ان العبرة ببلد التلف فى الأخيرة مما لا وجه له.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۲۸

[...]

لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

السـابع: لو دفع القيمـة فى المثل المتعـذر مثله ثمّ تمكن من المثل، فالأقوى عـدم عود المثل فى ذمته، و ذلك بناءً على المختار من ان التالف إذا تعذر مثله يصير قيميا واضح. فانه مع صيرورته قيميا وادى الضامن القيمة فقد برئت ذمته، فلا موجب لاشتغال الذمة بالمثل.

و ان شـئت قلت: ان القيمة بدل للعين لا للمثل، فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل. و اما بناءً على ان المثل يصير قيميا، فان قلنا ببقائه فى الذمة الى حين الأداء و ان المالك يسقط خصوصية المماثلة للطبيعة و يطالب المالية و لذلك له ان يصبر الى ان يتيسر المثل فلا يعود المثل فى ذمته ايضا، و كذلك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة من المثل الى قيمته.

نعم بناء على القول ببقاء المثل فى الذمـة يعقل اعتبار بـدل الحيلولـة من جهة انه بالتعذر لا يسـقط المثل عن الذمة، و انما يؤدى القيمة لان ينتفع بها الى ان يتيسر المثل.

ضمان القيمى بالقيمة

اشارة

السابع: لو كان التالف المبيع فاسداً قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة.

و الكلام فى هذا الامر يقع فى موارد:

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۲۹

[...]

الأول: فى انه هل تشـتغل الذمة حين التلف بالقيمة فى القيميات، ام تبقى العين فى العهدة الى حين الأداء؟ المشـهور بين الأصحاب هو الأول، و الحق هو الثانى لما تقدم فى الامر السابق من ظهور حديث على اليد فى ذلك.

و لا ينافيه شىء من الاخبار، اما ما دل على الضمان فواضح، و اما النصوص المعينة للقيمة فلان جملة منها مثل خبر السكونى عن الامام الصـادق (عليه السـلام) الوارد فى السـفرة المطروحـة الكثير لحمهـا و خبزهـا و جبنها و بيضـها و فيها سـكين، فقال امير المؤمنين (عليه السلام): يقوّم ما فيها ثمّ يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن «۱».

و خبر على بن جعفر عن الامام الكاظم (عليه السـلام) فى رجل أصاب شاة فى الصـحراء الدال على انه يأكلها و ان جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه «۲».

و مرسل الصـدوق عن مولانا الصادق (عليه السـلام) فى الطعام الـذى وجـد فى مفازة، المتضـمن انه يقوّم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة ان جاء «۳». و غير ذلك من النصوص التى تكون بهـذا المضـمون، تكون فى مقام بيان ان للواجـد ولاية على ان يبيع ما وجـده عن صاحبه لنفسه و يبقى الثمن فى ذمته الى ان يجىء صاحب المال، و اجنبيـة عن المقام بالمرة. و جملـة اخرى منها لا يسـتفاد منها أزيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، و هذا يلائم مع كون العين فى العهدة.

و أما ما ذکره الشیخ ره فی عداد النصوص التی ادعی منافاتها لهذا القول بقوله:

---

(١) الوسائل- باب ٢٣- من أبواب کتاب اللقطة حدیث ١.

(٢) الوسائل- باب ١٣- من أبواب کتاب اللقطة حدیث ٧.

(٣) الوسائل- باب ٢- من أبواب کتاب اللقطة حدیث ٩.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١۶، ص: ۴٣٠

]...[

و منها ما دل علی انه إذا تلف الرهن بتفریط المرتهن سقط من دینه بحساب ذلک، فلولا ضمان التالف بالقیمة لم یکن وجه لسقوط الدین بمجرد ضمان التالف. فیرد علیه: مضافا الی انه لیس فی نصوص الرهن عنوان السقوط، بل فیها انهما یترادان الفضل إذا کان لأحد الأمرین من الرهن و الدین عند تلفه فضل، و انه إذا کان الرهن یساوی ما رهنه فلیس علیه شیء- انه ایضا لا ینافی کون العین فی العهدة بعد فرض ان أداءها بعد التلف انما یکون بدفع القیمة بدلا أو وفاءً، و ان ذلک انما یکون باستیلاء المالک علی ذلک المقدار من المال للضامن کما لا یخفی.

الثانی: انه لا ریب و لا کلام فی انه عند تعذر المثل فی القیمیات یکفی رد القیمة، و انما الخلاف المتوهم فی صورة وجود المثل من جمیع الجهات أو ما یصدق علیه المثل، فالمشهور بین الأصحاب انه یکفی رد القیمة، و عن الإسکافی و المحقق: انه یجب رد المثل. و ظنی انهما غیر مخالفین للمشهور، فان مورد کلامهما القرض، و لا یبعد فیه دعوی ان المتعارف الشرط الضمنی برد المثل و لو فی بعض الصفات. و یؤید ما ذکرناه تصریح المحقق فی باب الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القیمة، فمدعی عدم الخلاف فی کفایة رد القیمة مع تیسر المثل غیر مجازف.

و کیف کان: فالأولی بیان ما هو المستفاد من الادلة، و قد تقدم فی الامر السابق ان حدیث علی الید لا نظر له الی هذه الجهة، و آیة الاعتداء لا تدل علی الضمان، و ان الإطلاق المقامی و الإجماع یقتضیان تعین القیمة. فراجع.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج١۶، ص: ۴٣١

]...[

تعیین القیمة

و قد اختلفوا فی تعیین القیمة فی المقبوض بالبیع الفاسد.

و الأقوال و الوجوه المحتملة فی المسألة خمسة:

(١) کون المدار علی یوم القبض، نسب الی الأکثر.

(٢) یوم التلف، نسب الی الشیخین و اتباعهما، و عن الدروس و الروضة: نسبته الی الأکثر.

(٣) یوم الدفع.

(۴) اعلی القیم من یوم القبض الی یوم التلف.

(۵) اعلی القیم من یوم القبض الی یوم الدفع.

و أما ما عن المفید و القاضی و الحلبی من الاعتبار بیوم البیع، فالظاهر ارادة یوم القبض، فهو یرجع الی القول الأول.

و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى مواضع:

الأول: فيما تقتضيه الأصول العملية.

الثانى: فيما تقتضيه القواعد.

الثالث: فيما يقتضيه صحيح ابى ولاد و غيره من النصوص الخاصة.

اما الموضع الأول: فعن المصنف و غيره: انها تقتضى القول الخامس، إذ اشتغال ذمته بحق المالك معلوم، و لا تحصل البراءة الا بالاعلى.

و اورد عليه: بان الأصل فى المقام البراءة لكون الشك فى التكليف بالزائد.

و أجاب عنه الشيخ ره: بان الأصل بالنسبة الى لزوم دفع القيمة و ان كان هو

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۳۲

[...]

البراءة الا ان الأصل فى الضمان المستفاد من على اليد هو الاستصحاب.

و حق القول فى المقام، انه ان قلنا بان الاحكام الوضعية منتزعة من الاحكام التكليفية فى مواردها- كما اختاره الشيخ ره- فالمرجع أصالة البراءة، إذ لا شيء مجعول سوى لزوم دفع القيمة، و المفروض دورانها بين الأقل و الأكثر، فتجرى البراءة عن الزائد.

و ان قلنا بان الحكم الوضعى كالتكليفى متأصل فى الجعل، فان قلنا فى المقام بالانقلاب- بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة كما هو المنسوب الى المشهور- فالمرجع هو البراءة ايضا، لان شغل الذمة مشكوك فيه فتجرى البراءة. و ان قلنا بكون العين فى العهدة الى حال أداء العوض، فالمرجع هو استصحاب بقاء العين و عدم السقوط الا بدفع الأكثر.

و بما ذكرناه ظهر أن ما افاده المصنف حق على المسلك المختار من بقاء العين فى العهدة بعد تلفها، كما ظهر أن جواب الشيخ ره لا يتم على مسلكه.

و أما الموضع الثانى: فقد استدل المصنف للقول الأول- على ما نسب إليه-: بانه زمان ازالة يد المالك. توضيحه: ان القابض انما وضع يده على ماله، مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية، و الصفات النوعية. مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص، فوجب عليه رده بماله من الحيثيات إذا أمكن الرد. و ان لم يمكن رد الخصوصية و الصفات النوعية للتلف وجب رد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت اليد، و لا وجه لوجوب رد المراتب الأخر عن الماليات، فإنها ماليات واردة على ما هو تحت العهدة، لا ان العهدة واردة عليها.

و فيه: أولا: ان المالية المنتزعة من رغبة الناس و ميلهم لا تقع تحت اليد، و لا تكون مضمونة كما تقدم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۳۳

[...]

و ثانيا: ان لازم ذلك انه لو كانت العين باقية و لكن نقصت قيمتها لزوم دفع ما نقص.

و ثالثا: ان هذا الوجه لو تم لاقتضى كون المدار على اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم التلف، لان على اليد لا يختص بحدوث اليد، بل يشمل بقائها، فكل زمان من أزمنة كون العين تحت اليد قد أزيلت فيه يد المالك، فوجب ان يغرم أكثرها.

و استدل للقول الثانى فى المتاجر بان معنى ضمان العين عند قبضها كونها فى عهدته، و معنى ذلك وجوب تداركها ببدلها عند التلف حتى تكون عند التلف كأنها لم تتلف، و تداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لها قائم مقامها.

و فيه: انه بناءً على المسلك الحق من بقاء العين فى العهدة الى حين الأداء لا وجه لرعاية قيمة يوم التلف كما لا يخفى، و به يظهر ان

الحق هو القول الثالث، و هو ان العبرة بقيمة يوم الدفع.

و استدل للقول الرابع بوجوه: أحدها: قاعدة نفى الضرر.

و فيه: أولا: ان قاعدة نفى الضرر حاكمة على الادلة المثبتة للحكم، و تدل على نفيه، و لا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر.

و ثانيا: انها لو دلت على ذلك لزم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة مع بقاء العين.

ثانيها: انه إذا تلفت العين فى يوم ارتفاع قيمتها ضمن الأعلى بناءً على ان العبرة بيوم التلف، فكذلك إذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت فيضمن الأعلى، و لو تنزلت يوم التلف، لان الغاصب منع المالك عن التصرف فى اليوم الذى ارتفعت قيمتها.

و فيه: - مضافا الى انه لو تم لاقتضى لزوم دفع ما نقص من القيمة مع رد العين،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۳۴

[...]

و انه لا عبرة بيوم التلف- انه لا دليل على كون الحيلولة سبباً للضمان.

ثالثها: ما أساسه يبتنى على أمرين: أحدهما: شمول على اليد للمالية و كونها مضمونة. ثانيهما: الانقلاب- بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة- و قد عرفت ما فى كلا الأمرين.

و استدل للقول الخامس: بالوجهين الأولين المذكورين فى سابقه اللذين تقدم ما فيهما. و بما يبتنى على أمرين: الأول: بقاء العين فى العهدة الى حين الأداء. الثانى: كون تفاوت الرغبات كالصفات داخلا تحت الضمان. و قد مر ما فى الثانى.

فتحصل: ان القواعد تقتضى كون العبرة بيوم الدفع.

و أما الموضع الثالث: فالكلام فيه يقع فى موردين: الأول: فى صحيح ابى ولاد.

الثانى: فى غيره من النصوص.

اما المورد الأول: فقبل البحث فيه لأبد من تقديم مقدمة، و هى: ان الصحيح مختص بالمغصوب، و استدل للتعدى منه الى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين: أحدهما: ما عن الحلى من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسداً بمنزلة المغصوب الا فى ارتفاع الإثم.

و فيه: انه على فرض ثبوت الاتفاق لم يثبت كونه تعبديا، مع ان ثبوته ممنوع.

ثانيهما: ما افاده الشيخ ره، و حاصله: انّه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم أمكن تخصيصها بالغاصب و عدم التعدى عنه، و اما لو كان ظاهرها ان الاعتبار بيوم الغصب وجب التعدى عنه، و ذلك لأنه إذا كان قيمة المغصوب يوم التلف أو الدفع اكثر من قيمة يوم الغصب لزم من البناء على ان قاعدة الضمان و التدارك تقتضى كون العبرة بقيمة يوم التلف أو يوم الدفع الارفاق بالغاصب، و التخفيف عليه،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۳۵

[...]

و كون غيره أسوأ حالا منه، و هذا مما يقطع بخلافه. فلا محالة يستكشف ان المجعول هو قيمة يوم الأخذ مطلقا.

و بالجملة: التحفظ على ظهور الرواية فى كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يستلزم البناء على انه المعيار مطلقا، و الا لزم كون غير الغاصب سواء حالا منه.

ثمّ ان السيد قده أفاد فى وجه مراد الشيخ ره: انه لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشىء يوم التلف، فإذا دل الصحيح على

ان العبرة فی باب الغصب بیوم الغصب لزم ان لا یکون المغصوب واجب التدارک، و هذا بخلاف ما لو قلنا بان معنی التدارک اقامة البدل مقام الشیء فی زمان انقطاع یده عنه، و علیه فظهور الصحیح فی کون المدار علی یوم الأخذ کاشف عن کون معنی التدارک ذلک، و ان الذی فهمناه خطأ.

و اورد علیه: بانه یمکن ان یقال: ان التدارک له معنی جامع شامل للتدارک بحسب یوم قبضه و بحسب یوم التلف، الا ـ ان إطلاقه یقتضی کون المناط علی قیمة یوم التلف، و هذا لا ینافی تقییده بیوم آخر بالنسبة الی مورد خاص، فلا یکشف الخبر عن خطأ ما بنی علیه. و لکن الظاهر ان مراده ما ذکرناه.

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه قد استدل فی المقام بصحیح ابی ولاد الذی رواه الشیخ باسناده عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابی ولاد الحناط، و رواه الکلینی ره عن عدة من أصحابنا عن احمد بن محمد مثله، و حیث انه مشتمل علی احکام کثیرة فالأولی نقل الخبر بتمامه، قال: اکتریت بغلا الی قصر بنی هبیرة ذاهبا و جائیا بکذا و کذا، و خرجت فی طلب غریم لی، فلما صرت قرب قنطرة الکوفة خبرت ان صاحبی توجه الی النیل، فتوجهت نحو النیل، فلما أتیت النیل خبرت انه توجه الی بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بینی و بینه و رجعت الی الکوفة، و کان ذهابی

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۳۶

[...]

و مجیئی خمسة عشر یوما، فأخبرت صاحب البغل بعذری و اردت ان أتحلل منه مما صنعت و ارضیه، فبذلت له خمسة عشر درهما فابی ان یقبل، فتراضینا بأبی حنیفة، فأخبرته بالقصة و أخبره الرجل فقال لی: ما صنعت بالبغل؟ قلت: قد دفعته إلیه سلیما قال: نعم بعد خمسة عشر یوما، قال: فما ترید من الرجل؟ قال: أرید کراء بغلی فقد حبسه علی خمسة عشر یوما فقال: ما اری لک حقا لأنه اکتراه الی قصر بنی هبیرة فخالف فرکبه الی النیل و إلی بغداد فضمن قیمة البغل و سقط الکراء، فلما رد البغل سلیما و قبضته لم یلزمه الکراء. قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل یسترجع، فرحمته مما افتی به أبو حنیفة و أعطیته شیئا و تحللت منه، و حججت تلک السنة فأخبرت أبا عبد اللّه (علیه السلام) بما افتی به أبو حنیفة فقال (علیه السلام): فی مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تحبس الأرض برکاتها، فقلت لابی عبد اللّه (علیه السلام): فما تری أنت جعلت فداک؟ قال (علیه السلام): اری له علیک مثل کراء بغل ذاهبا من الکوفة الی النیل و ذاهبا من النیل الی بغداد، و مثل کراء بغل من بغداد الی الکوفة توفیه ایاه، قال: فقلت: جعلت فداک فقد علفته بدراهم فلی علیه علفه فقال (علیه السلام): لا ـ لأنک غاصب، قلت: أ رأیت لو عطب البغل و نفق أ لیس کان یلزمنی؟ قال: نعم قیمة بغل یوم خالفته، قلت: فان أصاب البغل عقر أو کسر أو دبر؟ قال: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده علیه، قلت: فمن یعرف ذلک؟ قال: أنت و هو اما ان یحلف هو علی القیمة فیلزمک و ان رد الیمین علیک فحلفت علی القیمة لزمه ذلک، أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک، فقلت: انی کنت أعطیته دراهم و رضی بها و حللنی فقال (علیه السلام): انما رضی بها و حللک

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۳۷

[...]

حین قضی علیه أبو حنیفة بالجور و الظلم. الخبر «۱».

و محل الاستشهاد فیه جمل ثلاث:

الاولی: قوله (علیه السلام): نعم قیمة بغل یوم خالفته.

و الاحتمالات فی الیوم ثلاثة:

أحدها: ان یکون قیداً للقیمة، فتکون الصحیحة حینئذ ظاهرة فی ان العبرة بقیمة یوم الغصب.

و ذکر الشیخ ره فی تقریب کونه قیدا لها وجهین:

الأول: اضافة القیمة المضافة الی البغل إلیه ثانیا، فیکون المعنی قیمة یوم المخالفة للبغل.

و فیه: انه ان أرید بذلک اضافة المضاف نفسه إلیه ثانیا، فمضافا الی انه لا معنی حینئذ لقوله فیکون اسقاط حرف التعریف من البغل للإضافة، یرد علیه: ان الشیء الواحد لا یضاف الی شیئین مرتین.

و بعبارة اخری: المضاف الی شیء لا یضاف ثانیا.

و ان أراد به اضافة مجموع المضاف و المضاف إلیه، فمضافا الی انه لا یصح قوله: فیکون اسقاط ... إلخ، إذ لا دلیل علی انه لأبد و ان لا یصدر جزء المضاف بحرف التعریف. یرد علیه: ان المجموع لتضمنه النسبة الإضافیة التی هی من الحروف لا یضاف، إذ المعنی الحرفی لا یقع ظرفاً. و بعبارة اخری: الإضافة من خواص الأسماء و الحرف لا یضاف.

الثانی: جعل الیوم قیداً للاختصاص الحاصل من اضافة القیمة الی البغل،

---

(۱) الوسائل- باب ۱۷- من أبواب کتاب الإجارة حدیث ۱.

و الظاهر ان مراده لیس جعل متعلق الظرف و العامل فیه الاختصاص الحاصل من الإضافة، فانه معنی حرفی، و العامل لا بد و ان یکون فعلا أو شبه فعل، بل مراده قیدیة الیوم للقیمة المضافة الی البغل، و هی مضافا الی کونها معنی حدثیا فی نفسها فإنها ما یقوم بالشیء من المالیة، انه لو سلم کونها معنی جامداً بسبب الإضافة تتضمن معنی اشتقاقیا.

و فیه: ان هذا و ان کان لا محذور فیه، الا ان قیدیة الیوم لنعم لو لم تکن اظهر لا ریب فی کونها محتملة، و الاحتمال مسقط للاستدلال.

الثالث: کون الیوم قیداً للبغل بإضافة البغل إلیه، فیکون المقام من قبیل تتابع الإضافات. فقد یقال کما عن المحقق النائینی ره: بان الخبر علی هذا ایضا یدل علی ان العبرة بقیمة یوم المخالفة، إذ حیث لا تختلف الأعیان باختلاف الأیام، فبدلالة الاقتضاء لأبد و ان یکون اضافة البغل الی الیوم باعتبار قیمته فی ذلک الیوم.

و فیه: انه حیث لا ریب فی ان للبغل بحسب الصفات و الخصوصیات المتفاوتة بحسب الأیام قیما مختلفة، و لا کلام ایضا فی ان هذا الاختلاف مضمون فی باب الضمان، و الخلاف انما هو فی اختلاف القیم المستندة، الی اختلاف السوق و الرغبات، فیمکن ان یکون یوم المخالفة فی الخبر اشارة الی قیمة یوم البغل حال کونه قویاً، فان التعب و الهزال انما عرضه بعد الحرکة العنیفة لا لخصوصیة فی ذلک الیوم، و هذا یجتمع مع کون المدار علی قیمة یوم التلف أو یوم الدفع بان یلاحظ البغل علی ما هو علیه یوم المخالفة فی وقت التلف أو یوم الدفع فیقوّم ذلک البغل فی یوم الأداء أو وقت التلف، فعلی هذا الاحتمال یکون الصحیح أجنبیا عن ما هو المقصود.

الرابع: کون الیوم قیدا لقوله (علیه السلام) نعم الذی هو فی قوة قوله یلزمک أو یکون لفظ یلزمک مقدرا بعده، فیکون الیوم حینئذ وعاء توجه التکلیف،

فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه فى الصحيحة.

و اورد على هذا الاحتمال بوجهين:

الأول: ما افاده المحقق الإيروانى ره، و هو: ان العين ما دامت قائمة لا يتوجه التكليف الى أداء القيمة، فيوم انتقال التكليف الى أداء القيمة هو يوم تلف العين لا يوم الغصب.

و فيه: ان نعم جواب عن السؤال، و هو لزوم أداء القيمة على تقدير التلف، فيكون ظاهراً فى لزوم أداء القيمة على تقدير التلف، و معلوم ان هذا التكليف التعليقى انما يتوجه من حين الغصب.

ثانيهما: ما افاده الشيخ ره، و هو: ان السائل انما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

و فيه: أولاـ ان السائل لم يقل ما يلزمنى كى يكون ظاهرا فيما ذكر، بل قال أ ليس كان يلزمنى فالواقع عقيب اداة الاستفهام الذى هو المسئول عنه اصل اللزوم، فكيف يجعل السؤال عما يلزمه.

و ثانيا: انه لو سلم كون اصل الضمان مفروغا عنه يمكن ان يحمل السؤال على ان المضمون به هل هو القيمة أو غيرها، فجوابه (عليه السلام) ناظر الى ذلك.

فتحصل: انه لا مانع من تعلق الظرف بنعم.

و ربما يقال- كما عن المحقق النائينى ره-: بانه على هذا التقدير ايضا يدل الخبر على ان العبرة بيوم المخالفة غاية الامر بالالتزام لا بالمطابقة، إذ لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول العين فى العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب، إذ مالية المال إذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم، لأنه لا يعقل

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۴۰

[...]

ان يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعليا و يقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة.

و فيه: ان التكليف المتوجه بأداء القيمة فى يوم المخالفة ليس تكليفا فعليا تنجيزياً بل هو تكليف تعليقى و هو لزوم أداء القيمة على فرض التلف، فزمان فعلية الإلزام و تنجزه زمان التلف لا يوم المخالفة.

فتحصل مما ذكرناه: ان محتملات هذه الجملة ثلاثة، و على الأول منها تدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة و لا تدل على ذلك على الأخيرين، و حيث انه إذا لم ندع ظهورها فى الاحتمال الثالث فلا ريب فى كون احتماله مساويا لغيره، فلا يبقى مورد للاستدلال بهذه الجملة.

الثانية: قوله (عليه السلام): و يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا.

و تقريب الاستدلال بها على ان الميزان قيمة يوم المخالفة ما افاده الشيخ فى المكاسب، و هو: ان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به، فلا محالة يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناءً على انه يوم المخالفة، لان الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة، و من المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج، و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة فى هذه المدة القليلة.

و فيه: ان نكتة التعبير بيوم الاكتراء- بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا فى هذا الباب- انما هو وجود المكارين حينه دون سائر الأوقات، و هذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف أو يوم الأداء من جهة عدم

الاختلاف فی مدة خمسة عشر یوما ایضا کما سیصرح هو قده به، و یؤکد ذلک ان الظاهر من الجملة الواردة لبیان معرفة تفاوت قیمة الصحیح و المعیب ان

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۴۱

[...]

المقصود تعیین اصل قیمة البغل من جهة الجهل بها بحیث لو علم قیمته فی یوم ارتفع الاشتباه، مع انه لو سلم الاختلاف- بما ان هذه الجملة غیر واردة لبیان حکم شرعی بل فی مقام بیان موضوع عرفی کما یشهد له قول السائل من یعرف ذلک الکاشف عن علم السائل بما هو وظیفته الشرعیة- فیمکن ان یقال: انه لو کان المیزان قیمة یوم الأداء إذا عینت قیمة البغل فی یوم المخالفة معرفة قیمته فی یوم الأداء سهلة کما لا یخفی.

فتحصل: ان هذه الجملة ایضا لا تدل علی خلاف ما تقتضیه القواعد.

الجملة الثالثة: قوله (علیه السلام) فی جواب السؤال عن اصابة العیب: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده.

و ملخص القول فیها: انه بناءً علی وجود الیوم فی الروایة، المحتملات فیها اربعة:

أحدها: رجوع یوم ترده الی العیب فیکون مفادها ضمان العیب الفعلی، فلا عبرة بحدوث العیب مع زواله عند رده، و یعتبر زیادته حال رد العین، و علی هذا فهی اجنبیة عن المقام و غیر متعرضة لهذا الحکم.

و اورد علیه بایرادین:

الأول: ما افاده الشیخ ره، و هو: ان العیب قد یرتفع أو ینقص یوم الرد، و لازم هذا الوجه ان لا یوجب ضمانا فی الصورة الاولی و ان لا یوجب الضمان بالنسبة الی ما حدث منه و ارتفع فی الثانیة، مع ان مقتضی الفتوی خلاف ذلک.

و فیه: ان المسألة خلافیة و فیها اقوال ثالثها التفصیل بین الوصف القابل للزیادة کالسمن، و ما لم یکن کذلک کوصف الصحة.

الثانی: ما افاده المحقق النائینی ره، و هو: ان المراد منه هنا الحاصل من المصدر

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۴۲

[...]

و هو معنی اسمی لیس فیه معنی الفعل و لا یمکن اشراب معناه فیه.

و فیه: ان الجوامد علی قسمین: قسم لا یقتدر بالزمان، و قسم یتقدر به، و الأول لا یتعلق به الظرف، و الثانی لا مانع من تعلق الظرف به، و المقام من قبیل الثانی.

ثانیها: رجوعه الی قوله (علیه السلام) علیک فلا تعرض فیها لیوم هذه القیمة.

و اورد علی هذا الاحتمال: ان التکلیف بأداء الأرش و الضمان انما یکون فی یوم حدوث العیب لا یوم الرد، و ان أرید به یوم رد البغلة.

و فیه: انه بناءً علی المختار من ان العبرة فی القیمیات بقیمة یوم الدفع، هذه الجملة علی هذا الوجه تدل علی ذلک، فانه بما ان التالف مع وجود العین وصف من أوصافها فلا یلاحظ بنفسه فی العهدة، بل انما تکون عهدته بتبع عهدة العین، فإذا خرجت العین عن العهدة بأدائها لا عین فی العهدة لیقال ان صحیحها کذا و معیبها کذا، و لیس علی الضامن الا عهدة ما به یتفاوت صحیحها حال کونها فی العهدة، فلا محالة یکون المعیار فی مثل هذا التالف قیمة یوم رد العین. فتدبر فانه دقیق.

ثالثها: رجوعه الی القیمة، و ارادة رد الأرش من قوله یوم ترده. و یدفع هذا الاحتمال: ان مرجع الضمیر حینئذ ان کان قیمة ما بین...

إلخ لزم تأنيثه، و ان كان ما بين لزم رعاية عناية لعدم صدق الرد الا على المأخوذ دون بدله.

و أما ما ذكره الشيخ ره من انه لا عبرة فى أرش العيب بيوم الرد اجماعا، فيرد عليه: ان المسألة خلافية، و قد عرفت ان مقتضى القواعد ان العبرة بيوم الرد، و قد افتى بذلك جمع، مع انه لو سلم قيام الإجماع عليه فليس هو اجماعا تعبديا، مضافا الى احتمال الفرق بين العين و النقص.

رابعها: رجوعه الى القيمة و ارادة رد البغلة. و تقريب دلالتها على المختار من

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۴۳

[...]

ان العبرة بيوم الرد ما ذكرناه فى المحتمل الثانى.

فتحصل: ان هذه الجملة مضافا الى انها لا دلالة فيها على ان العبرة بيوم المخالفة، يمكن دعوى دلالتها على ان الميزان قيمة يوم الأداء.

بقى الكلام فى الصحيح فى جهات ثلاث:

الاولى: فى الاشكال الذى أوردوه على قوله (عليه السلام) فى جواب قول السائل: و من يعرف ذلك؟ قال: أنت، و هو اما ان يحلف هو على القيمة فليزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا فيلزمك. و الجواب عنه.

الثانية: فيما افاده الشيخ ره من ان هذه الجملة تؤيد القول بان العبرة بيوم التلف.

الثالثة: فى ان الصحيح هل يمكن ان يستدل به على اعلى القيم ام لا.

اما الجهة الاولى: فمحصل الاشكال: ان المالك دائماً يدعى الزيادة، فقوله مخالف للأصل، فيكون هو مدعيا و وظيفته اقامة البينة، و الغاصب منكراً و وظيفته الحلف أورد الحلف، فكيف حكم (عليه السلام) بانه يحلف المالك و ان له رد الحلف على الغاصب، ثمّ على فرض كونه منكرا، فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته؟.

و أجيب عن الاشكال بوجوه:

أحدها: انه (عليه السلام) فى مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة، و قضية البينة على المدعى و اليمين على من أنكر انما هى فى المخاصمات، و ذلك من جهة ظهور السؤال و الجواب فى ذلك، حيث ان السؤال انما يكون عن العارف، و أجاب (عليه السلام): بانه اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، ان ان تحلف أنت من جهة كونه عندك فى مدة، أو يقيم المالك البينة لو لم تعرف أنت و لم يعرف هو،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج۱۶، ص: ۴۴۴

[...]

فتكون الصحيحة غير مربوطة بموازين القضاء.

و الذى يوهن هذا الجواب- و ان ذهب إليه جمع منهم السيد الفقيه و المحققان الأصفهانى و الإيروانى- قوله (عليه السلام) فيلزمك، و قوله لزمه إذ الملزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الإلهى ذلك لا- حلف كل احد و ان توافق الطرفان عليه، اللهم الا ان يقال ان الإنسان بحسب الغالب يطمئن بحلف غيره.

ثانيها: حمل الصحيح على التعبد و جعله مخصصا للقاعدة العامة، و هو غير بعيد فى نفسه، إذ من شئون أخذ الغاصب بأشق الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، و ان لا يطالب منه بشىء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك. و التزم به الشيخ فى

محکی النهایة، و المفید فی محکی المقنعة، و عن المصنف: نسبته الی الأکثر. و بذلک ظهر ما فی تضعیف الشیخ ره هذا الوجه.

ثالثها: ان تکون هذه الجملة فی مقام بیان حکم صورتین من صور النزاع و یکون الحلف وظیفة المالک فی صورة، و هی ما لو کان قوله موافقا للأصل، و البینة وظیفته فی صورة اخری و هی ما لو کان قوله مخالفا للأصل. اختاره الشیخ ره.

و فیه: ان هذا مناف لظاهر الصحیح، بل صریحه، فانه صریح فی ورود حلف المالک و الغاصب و سماع البینة من المالک کلها علی مورد واحد.

فتحصل: ان الأوجه فی دفع الاشکال الوجه الثانی ثمّ الأول.

و أما الجهة الثانیة: فقد أفاد الشیخ ره فی وجه کون هذه الجملة مؤیدة للقول: بان العبرة بیوم التلف بعد حملها علی الموردین انه إذا کان المعیار یوم التلف یمکن توجیه الاشکال المتقدم بوجه قریب و هو حمل الخبر علی موردین متعارفین، و هما ما إذا اتفقا فی السابق علی قیمة البغل و ادعی الغاصب نقصانها فی یوم التلف عن قیمته فی السابق، و ما إذا اتفقا علی انه لم تتفاوت قیمة البغل و انما اختلفا فی السابقة من حیث

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۴۵

[...]

الزیادة و النقصان. فانه فی المورد الأول تکون وظیفة المالک الیمین لموافقة قوله للأصل، و فی المورد الثانی تکون وظیفته البینة لمخالفة قوله للأصل، و هذا بخلاف ما لو قلنا ان المدار علی یوم المخالفة، فان فرض صورة یکون قول المالک موافقا للأصل و وظیفته الحلف علی هذا انما یکون فرضا نادرا، و هو ما إذا اتفقا علی قیمة الیوم السابق علی یوم المخالفة أو اللاحق له و ادعی الغاصب نقصانه عن تلک یوم المخالفة، و معلوم انه لا یصح حمل الصحیح علی هذا الفرض النادر.

و لکن یرد علیه امور:

الأول: ما تقدم من منافاة حمل الخبر علی موردین لظاهره، بل صریحه.

الثانی: ان غایة ما یدل علیه الوجه المزبور انه لا عبرة بقیمة یوم المخالفة، و اما ان المدار قیمة یوم التلف أو یوم الدفع فالخبر أجنبی عنه حینئذ.

الثالث: انه یمکن فرض صورة یمکن قول المالک موافقا للأصل، و تکون تلک الصورة متعارفة، و ان قلنا بان المدار قیمة یوم المخالفة، و هی ما إذا اتفقا علی قیمة البغل و ادعی الغاصب انه کان معیوبا حین المخالفة، فان قول المالک بکونه صحیحا موافق للأصل، فتکون وظیفته حینئذ الحلف.

و أما الجهة الثانیة: ففی المکاسب: لم یعلم لذلک وجه صحیح، و لم أظفر بمن وجه دلالتها علی ذلک. و وجهها المحقق النائینی ره، بان قوله (علیه السلام) یوم خالفته بیان، لان المخالفة موجبة للضمان، و المفروض ان کلما کان الشیء تحت سلطنة الغاصب خالف المالک فیه، و لا موجب لان تکون القیمة ملحوظة فی أول حدوث المخالفة، بل إذا فرض قیمة العین اعلی فی یوم من سائر الأیام یضمنها الغاصب و ان تنزلت بعد ذلک، و لامتناع اجتماع الضمانات لعین واحدة یدخل الأدنی تحت الأعلی و ینحصر فی الأعلی.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۴۶

و لو علمه صنعة أو صبغه فزادت رجع بالزیادة و لو نقص ضمن النقصان کالأصل

و یرد علیه: - مضافا الی ما تقدم من تطرق احتمالات فی یوم خالفته الموجب لعدم صحة الاستدلال به، و مضافا الی ما عرفت من ان المالیة لیست مضمونة و داخلة تحت علی الید- ان الظاهر من یوم خالفته هو أول یوم حدوث المخالفة.

و أما المورد الثانی: فقد استدل لان العبرة بیوم التلف بطائفتین من النصوص: الاولی: ما ورد فی باب الرهن «۱»، و قد تقدم فی أول هذا التنبیه و عرفت انه لا ینافی مع القاعدة. فراجع.

الثانیة: ما ورد فی عبد أعتق بعضه، ففی خبر عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه عن ابی عبد الله (علیه السلام) عن قوم ورثوا عبدا جمیعا فأعتق بعضهم نصیبه منه کیف یصنع بالذی أعتق نصیبه منه، هل یؤخذ بما بقی؟ فقال (علیه السلام): نعم یؤخذ بما بقی (منه بقیمة یوم أعتق خ) «۲» و نحوه غیره.

و فیه: انه من المحتمل کون قوله یوم أعتق قیداً لیؤخذ لا للقیمة، و علیه فیدل علی ان زمان توجه التکلیف انما هو من حین التعلق و ساکت عن ان ما به الضمان هل هو قیمة یوم التلف أو یوم الأداء.

فتحصل: ان الأظهر بحسب الادلة کون المیزان قیمة یوم الأداء و الدفع.

و قد ظهر مما قدمناه: انه لا خلاف و لا اشکال فی انه لو علمه صنعة أو صبغة فزادت قیمته رجع بالزیادة و لو نقص ضمن النقصان کالأصل. و الوجه فیهما ظاهر من ما قدمناه.

---

(۱) الوسائل- باب ۷- من أبواب کتاب احکام الرهن.

(۲) الوسائل- باب ۱۸- من أبواب کتاب العتق حدیث ۶.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۴۷

]...[

ارتفاع القیمة بسبب الأمکنة

قال الشیخ قده: و إذا کان بسبب الأمکنة، فالظاهر عدم اعتبار محل التلف ... إلخ.

یحتمل فی العبارة وجهان:

أحدهما: مع لفظ عدم.

الثانی: بدونه.

و مراده علی الأول: ان خصوصیة المکان من الخصوصیات و الأوصاف التی تکون دخیلة فی المالیة و تختلف المالیة باختلافها، و ان اختلاف المالیة فیها لیس مستنداً الی مجرد تفاوت الرغبات فتکون نازلة منزلة الجزء، و علیه فالمضمون به اعلی القیم من قیم البلاد التی مرت بها العین لا قیمة یوم التلف.

و مراده علی الثانی: ان معنی الضمان وجوب تدارکه ببدله عند التلف حتی یکون عند التلف کأنه لم یتلف، و تدارکه علی هذا النحو بالتزام مال معادل فی مکان التلف قائم مقامه.

و لکن یرد علی الوجه الأول: ان خصوصیة المکان کخصوصیة الزمان لیست دخیلة فی المالیة، بل اصل القیمة و ترقیها ینشئان من کثرة الراغب و قلة الوجود، کما ان عدمها و تنزلها ینشئان من کثرة الوجود و قلة الطالب، بلا دخل للزمان و المکان فی ذلک.

و یرد علی الوجه الثانی: ما تقدم من بقاء العین فی العهدة الی حین الأداء، و الصحیح انه بناءً علی المختار من بقاء العین فی العهدة یکون الاعتبار بقیمة العین

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۴۸

]...[

فی محل الخروج.

نعم فی المقام مسألة اخری، و هی: انه إذا کانت القیمة فی مکان أزید من القیمة فی مکان التلف و الأخذ، هل للمالک ان یطالبها ام لا؟ و قد تقدم الکلام فی ذلک.

بدل الحیلولة

اشارة

ثمّ انه لا- بأس بالتعرض لحکم ما لو لم تتلف العین و لکن تعذر الوصول إلیها، فقد صرح غیر واحد: بانه فی حکم تلف العین فی جمیع ما ذکر من ضمان المثل أو القیمة.

و تنقیح القول فیه بالبحث فی جهات:

الاولی: انه لا کلام فی الضمان فی صورة تعذر الوصول الی ماله إذا صدق علیه التلف عرفا للأدلة المتقدمة، و للنصوص الکثیرة الدالة علیه منطوقا و مفهوما الواردة فی السرق و الضیاع، و لا حاجة الی نقلها.

انما الکلام فیما إذا لم یصدق علیه التلف عرفا، و قد استدل علی الضمان- بمعنی لزوم دفع البدل المسمی عندهم ببدل الحیلولة- بوجوه:

الأول: قاعدة نفی الضرر «۱» بدعوی ان صبر المالک الی حین الوصول إلیه ضرر علیه فجاز له الزام الغاصب بالبدل.

و فیه: ان قاعدة نفی الضرر انما تنفی الحکم الضرری و حکم الموضوع الضرری، و لا تدل علی ثبوت حکم و لا علی لزوم تدارک الضرر المتحقق کما حقق فی

(۱) راجع الوسائل- باب ۱۲- من أبواب کتاب احیاء الموات و غیره من الأبواب.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۴۹

]...[

محله.

الثانی: قاعدة الید بدعوی ان أداء العین کما یکون بأداء بدلها عند تلفها یکون بأداء بدل الحیلولة.

و فیه: ان مفاد حدیث علی الید «۱» ان کان هو اشتغال الذمة بالقیمة عند التلف فعدم دلالته علی الضمان ببدل الحیلولة واضح، و ان کان بقاء العین فی العهدة الی حین الخروج عنها فهو انما یدل علی لزوم أداء العین ما دامت موجودة و تدارک مالیتها بأداء حصة مماثلة لها بعد التلف. و بعبارة اخری: ما دامت موجودة لا یکون أداء بدل الحیلولة أداء لها، و لذا لا تخرج عن ملک مالکها، و لو کان ذلک أداء لها کان اللازم خروجها عن ملکه.

الثالث: ان فی أدائه جمعاً بین الحقین، بعد فرض رجوع البدل الی الضامن لو ارتفع التعذر.

و فیه: ان الحق الثابت للمالک انما هو بالإضافة الی العین نفسها لأبد لها مع بقائها، مع انه علی فرض التنزل یمکن الجمع بین الحقین بوجه آخر و هو الزام الضامن بالشراء، بل هذا الجمع اولی کما لا یخفی.

الرابع: قاعدة السلطنة «۲»، اما بدعوی السلطنة علی مطالبة العین للتوسل بها الی مطالبة البدل واخذه، أو بدعوی ان من شئون السلطنة

علی العین السلطنة علی مالیتها. و بعبارة اخری: للعین شئون ثلاثة: من حیث الشخصیة، و من حیث الطبیعة النوعیة، و من حیث المالیة. و تعذر مطالبة الاولی لا یمنع عن مطالبة غیرها. أو

---

(۱) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰- کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

(۲) البحار ج ۱- ص ۱۵۴ الطبع القدیم- ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵۰

]...[

بدعوی السلطنة علی مطالبة السلطنة علی الانتفاعات بما له.

و فی الجمیع نظر: اما الاولی: فلان السلطنة علی مطالبة العین مع إمکان ردها ثابتة و لازمها السعی فی ذلک بالسعی فی مقدماته لارد البدل، و مع عدم إمکانه لا تکون ثابتة لعدم القدرة، و الامتناع بالاختیار و ان کان لا ینافی الاختیار الا انه عقابا لا خطاباً.

و أما الثانیة: فلان مالیة العین القائمة بها، ای تلک الحصة الخاصة من المالیة یتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العین، و المالیة القائمة ببدلها حصة اخری من المالیة، و لم تثبت السلطنة علی مطالبتها.

و أما الثالثة: فلان السلطنة علی الانتفاعات بما له ساقطة للتعذر.

الخامس: انه فوّت سلطنة المالک و أتلفها فیجب علیه تدارک ذلک.

و فیه: ان ما للمالک انما هو الملک لا السلطنة، بل هی من الاحکام المترتبة علیه، فلا یتعلق بها الضمان.

السادس: إطلاق النصوص المتقدمة.

و فیه: انها ظاهرة أو منصرفة الی صورة صدق التلف عرفا.

السابع: الإجماع، و هو کما تری.

فتحصل: انه لا- دلیل علی بدل الحیلولة کما اعترف به جمع من المحققین، نعم لما ان الغاصب فوت منافع العین علی المالک یکون ضامناً للمنافع. و قد تقدم تفصیل القول فی ذلک.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵۱

]...[

مورد بدل الحیلولة

الجهة الثانیة: فی بیان مورد بدل الحیلولة.

فاعلم: انه إذا تمکن الغاصب من رد العین و لکنه لم یرد بل حال بین العین و مالکها، لیس هناک بدل الحیلولة، بل یکون الغاصب مکلفاً برد العین، کما انه إذا تلفت العین أو تلف جمیع الانتفاعات فی جمیع الأزمنة خرجت بذلک عن الملکیة، کصیرورة الخل خمراً، ام لا- کما إذا انکسرت المرآة، أو تلف بعض الانتفاعات فی جمیع الأزمنة، کما لو صار الحیوان موطوءاً فانه لم یتلف منه الا الانتفاع به دائماً فی بلد الوطء لا فی سائر البلاد، لیس هناک بدل الحیلولة بل مورده ما إذا تلفت جمیع الانتفاعات فی بعض الأزمنة لعدم تمکن الضامن من الرد.

ثمّ ان مورده ما إذا کان التعذر لعارض خارجی، و اما اذا کان ذلک من جهة ان رد العین مستلزم لخروجها عن المالیة کالخیط

المغصوب الذی خیط به الثوب- إذ قد یکون إخراجه من الثوب موجباً لتلفه- أو لخلطه بمال آخر، فلا یکون مورداً لبدل الحیلولة و لا یعتبر فیه سوی ما ذکر، و علیه فصوره اربع سوی الصورة الملحق فیها المال بالتلف، إذ ربما یرجی التمکن من العین قریباً، و ربما یرجی بعد مضی مدة طویلة. و علی التقدیرین اما ان یتعذر علی المالک اعادة العین، و انما یرجی ان تعود بنفسها کطائر اعتاد العود، و اما ان لا یتعذر. و علی القول بثبوت بدل الحیلولة یثبت فی جمیع هذه الصور، و لا وجه لتخصیصه بما إذا کان یرجی التمکن بعد مدة طویلة. نعم إذا کان زمان التعذر یسیراً جداً لا یکون مشمولا لما تقدم من الادلة.

الجهة الثالثة: فی بیان ان التعذر الموضوع لهذا الحکم هل هو التعذر المسقط

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵۲

]...[

للتکلیف برد العین، أو الأعم منه و من التعذر العرفی؟.

قد استدل للأول: بأصالة عدم تسلط المالک علی أزید من إلزامه برد العین الذی کان قبل التعذر، خرج عن ذلک ما إذا تعذر بالتعذر المسقط للتکلیف، و بانه مع عدم التعذر المسقط یکون مکلفا برد العین، و لا یجتمع التکلیف برد العین و البدل.

و فیهما نظر: اما الأول: فلان الادلة التی أقاموها علی ثبوت بدل الحیلولة مقتضی إطلاقها ثبوته فی مورد التعذر العرفی ایضا، و معه لا مورد للرجوع الی الأصل.

و أما الثانی: فلان مورد التکلیف بالبدل زمان الاشتغال بالمقدمات، و مورد التکلیف برد العین هو زمان ما بعد المقدمات، و لکن الحق فی المقام هو التفصیل بین کون زمان الاشتغال بالمقدمات، قصیرا جدا، فلا یکون ثابتا و بین غیره، فیکون ثابتا و لا یخفی وجهه.

ثمّ ان السید الفقیه أورد علی الشیخ ره بعد قوله ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتکلیف بقوله: لا یخفی ان هذا لیس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخیر الذی أیده بان فیه جمعا بین الحقین، کما ان تعبیر البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو الیأس من الوصول، فلا وجه للتکرار.

و فیه: ان فی المقام بحثین: أحدهما: انه هل یعتبر فی ثبوته الیأس عن الوصول الی الأبد أم لا؟.

الثانی: فی انه هل یعتبر التعذر المسقط للتکلیف ام لا؟ و بین الجهتین عموم من وجه، إذ الیأس من الحصول ربما لا یوجب سقوط التکلیف لعدم کونه متعذرا عقلا، کما ان العلم بوجدانه أو رجائه قد یوجب سقوط التکلیف فعلا للتعذر العقلی، و علی هذا فلا مورد لإیراده.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵۳

]...[

الزام المالک بأخذ البدل

الجهة الرابعة: فی الاحکام المتفرعة علیه بعد ثبوته.

و تنقیح القول فیها فی ضمن مسائل:

الاولی: هل یکون دفع البدل حقا للضامن فله الزام المالک بأخذه، ام لیس له ذلک؟.

و قد استدل الشیخ ره علی الثانی: بقاعدة تسلط الناس علی أموالهم «۱».

و فیه: ان المراد بذلک ان کان هو السلطنة علی الامتناع من قبول بدل الحیلولة، فیرد علیه: ان بدل الحیلولة ان صار ملکا له مع عدم

مطالبته، فامتناعه عن قبوله کامتناعه عن قبول نفس العین لا یؤثر فی عدم الخروج عن العهدة بدفعه، و ان لم یصر ملکا له فلا اضافة له إلیه کی یشمله دلیل السلطنة.

و ان کان المراد به السلطنة علی الامتناع من أخذ بدل الحیلولة من جهة کونه بدلا عن ماله- و بعبارة اخری: السلطنة علی الامتناع من أخذ بدل ماله- فیرد علیه: ان بدل الحیلولة ان قلنا انه غرامة یدفعها الضامن و لیس بإزاء العین، فلا یزاحم ذلک للسلطنة الثابتة للمالک علی ماله. و ان قلنا له عوضا قهراً فدلیل السلطنة لا- یمنع عنه لأخصیة دلیله حینئذ من دلیلها. نعم بناءً علی ان للمالک المعاوضة الاختیاریة یتم ذلک، لکنه بمراحل عن الواقع.

و الحق فی المقام اختلاف حکم المسألة باختلاف مدارکه، إذ لو کان مدرکه

---

(۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵۴

[...]

قمّی، سید صادق حسینی روحانی، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ۲۶ جلد، ه ق فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج۱۶، ص: ۴۵۴

قاعدة الید أو إطلاق النصوص کان ذلک حقا للضامن، فان حاله حینئذ کحال سائر أمواله. و اما ان کان المدرک قاعدة نفی الضرر، أو کون ذلک من باب الجمع بین الحقین أو الإجماع، فللمالک الامتناع من اخذه، فان الضرر ینتفی بثبوت حق للمالک فی مطالبة البدل، کما ان الجمع بین الحقین یکون بذلک، و قاعدة السلطنة علی فرض دلالتها علی ذلک تدل علی ان للمالک السلطنة علی مطالبة ماله للتوسل به الی أخذ بدله، فله ان لا یطالب، و المتیقن من الإجماع صورة المطالبة.

فی ان بدل الحیلولة ملک للمضمون له أو مباح

المسألة الثانیة: فی ان بدل الحیلولة هل هو ملک للمضمون له أو مباح؟ فقد استدل للثانی بوجهین:

الأول: ما ذکره الشیخ ره، و محصله: ان الفائت بسبب التعذر السلطنة المطلقة علی العین، فاللازم تدارکها بسلطنة توازیها بأداء مماثل العین، لان معنی الضمان ذهاب العین من مال الضامن، و لازم ذلک فیما إذا کان الضمان بمعنی انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به فی الوجوه التی بها قوام الملکیة قیام مقابله مقامه فی السلطنة لا فی الملکیة لیکون مقابلا و تدارکا للسلطنة الفائتة، فالتدارک لا یقتضی ملکیة المتدارک فی هذه الصورة، و حیث ان السلطنة علی الانتفاعات لا تقتضی الملک من أول الامر عنده قده، فلذا اختار الإباحة لو لا الإجماع.

أقول: اما ان الإباحة المطلقة هل تقتضی الملک من أول الامر ام لا، فقد أشبعنا الکلام فیه فی المعاطاة. و اما ان ادلة بدل الحیلولة هل تدل علی الملک أو الإباحة، فالحق هو التفصیل، إذ لو کان المدرک هو الجمع بین الحقین لما اقتضی ذلک أزید من

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵۵

[...]

الإباحة، و لو کان المدرک غیره کان مقتضاه هو الملک، إذ قاعدة الید تدل علی کون المبذول بدلا عن مالیة العین، کما ان قاعدة

السلطنة الدالة علی السلطنة علی مطالبة مالیة ماله تقتضی ذلک، إذ مع عدم الملک لا یکون اعتبارها اعتبار مالیة غیر ماله، و قاعدة نفی الضرر ایضا تقتضی ذلک فان ضمان القیمة هناک کضمانها فی صورة التلف،.

و قاعدة نفی الضرر تدل علی ضمان البدل لان عدمه، ضرری.

الثانی: انه حیث تکون العین باقیة علی ملکه، فلو ملک البدل لزم منه الجمع بین العوض و المعوض.

و فیه: أولا: انه سیأتی الکلام فی ان العین تنتقل عنه ام لا.

و ثانیا: انه یمکن ان یقال: ان ثبوت البدل من باب الغرامة لا المعاوضة. فتأمل.

ثمّ ان هـذا کله فی غیر صورة التلف العرفی، و اما فی تلک الصورة فلا ینبغی التوقف فی الملکیـة للأدلـة الدالـة علی ثبوت البدل فیها المتقدمة.

فی ان العین هل تنتقل الی الضامن ام لا

المسألة الثالثة: فی ان العین هل تنتقل الی الضامن ام لا؟.

أقول: لاـ إشـکال فی عـدم الانتقال بناءً علی عـدم صـیرورة البـدل ملکا للمالک، و اما بناءً علی الملکیـة ففی موارد التلف الحقیقی أو العرفی لا کلام ایضاً فی خروجه عن ملکه. اما فی الأول: فواضـح. و اما فی الثانی: فلان الملکیـة من الاعتباریات، و الاعتبار انما یکون بلحاظ الاثر، و بدونه لغو، فلا یکون هناک اعتبار الملکیة.

و أما فی غیر ذینک الموردین، فقد اضطربت فیه کلمات الاعلام غایة

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵۶

[...]

الاضطراب، و محصل القول: ان فی المسألة وجوها و أقوالا: أحدها: ان الضامن یملک العین التی ادی عوضها مطلقا.

الثانی: انه لا یملکها کذلک.

الثالث: ما مال إلیه الشیخ ره، و هو عـدم الملکیـة فیما إذا کان الفائت معظم الانتفاعات، و الملکیة فیما إذا لم یکن الفائت الا بعض ما لیس به قوام الملکیة.

و الأظهر هو الأول، و ذلک لوجهین: الأول: ان اهل العرف یفهمون من الامر بـدفع البـدل حصول المعاوضـة و المبادلـة بین العینین، و صیرورة کل منهما ملکا للآخر، و بدلا عنه.

الثانی: ان مقتضـی عنوان التـدارک و الغرامة ذلک، إذ مع فرض عدم التلف و بقاء مقدار من المالیة للمتعذر لو حکم الشارع بتدارک مالیته بتمامه بعنوان تـدارک ما فی العهـدة و بعنوان انه أداء للمتعـذر لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملکه، و حیث ان کون المتعذر من المباحات الأصلیة لم یقل به احد فلا بد من البناء علی صیرورته ملکا للضامن.

و اسـتدل للثانی: بمنع تلک الاسـتفادة و الفهم العرفی من ادلـة الضـمان، و بأن التکلیف بأداء البـدل یمکن ان یکون بعنوان الغرامـة لا بعنوان البدلیة، و الغرامة لا تقتضی کون العین ملکا للضامن، فان العین التالفة یضمن الضامن قیمتها و لا تکون ملکا له.

و بالجملـة: الغرامـة سادة للثلمـة التی وردت علی ملک المالک، فلا یقتضـی لزومها علی الغارم دخول العین فی ملکه لأنها لیست بدلا عن نفس العین.

و فیه: انه مع بقاء العین علی مقـدار من المالیـة، سد الثلمة لا یکون بإعطاء کمال القیمة، فإعطاء تمامها مع فرض کون الغرامة لا بعنوان العقوبة و المجازاة بل بعنوان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ۴۵٧

[...]

تدارك ما فى العهدة، يستلزم خروج العين عن ملكه و دخولها فى ملك الضامن.

و استدل للثالث: بانه مع فوات معظم الانتفاعات لا محالة يكون أداء القيمة غرامة، و هى لا تقتضى انتقال العين الى الغارم، و اما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة لا يقتضى أداء تمام القيمة، فالأمر بأداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية.

و فيه: ان ما ذكره فى الشق الأول يتم فى صورة التلف العرفى، و اما فى غيره فليس التالف مما يسوى بتمام القيمة كما عرفت.

فتحصل: ان الأظهر صيرورته ملكا للضامن.

قال فى شرح القواعد: فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و لو طلب المالك نزعها، و ان افضى الى التلف وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة. انتهى.

احتمل فى هذا المورد و أمثاله امور:

منها: ان يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك الى ماله.

و منها: اشتراك مالك الثوب و مالك الخيوط فى قيمة الثوب بعد الخياطة.

و منها: كونها من موارد التلف.

و الأظهر هو الأخير، إذ قيمة الثوب و ان زادت بالخياطة الا ان زيادتها و لو مقداراً منها ليست بإزاء الخيوط، و ان صارت هى سبباً لازدياد قيمة العين، و قد مر عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة، بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف، فيكون الغاصب ضامناً لقيمة الخيوط، و قد مر ان ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن، و عليه فلا يجب نزعها و ان طلبه المالك، و تجوز الصلاة فى هذا الثوب المخيط كما افتى به فى محكى مجمع البرهان و استجوده صاحب الجواهر ره.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج١۶، ص: ۴۵٨

[...]

حق الأولوية

قال الشيخ: ثمّ ان هنا قسما رابعاً و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية ... إلخ.

الكلام فى هذا الفرع يقع فى جهات:

الاولى: فى بقاء حق الأولوية بعد زوال الملكية: و قد استدل له بأمور:

الأول: ما افاده المحقق النائينى ره و غيره، و هو: ان الحق ليس أمراً مغايرا للملك، بل هو من شئونه و مراتبه الضعيفة المندكة تحت القوى، لأنه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق و المستحق عليه، و هى حاصلة للمالك و محفوظة فى جميع الحالات المتواردة على الملك.

و فيه: ان الملكية و الحق من الاعتباريات الشرعية و العرفية، لا من المقولات، و الاعتبار لا اشتداد فيه و لا حركة، و كل من الملك و الحق اعتبارى غير الآخر.

الثانى: ان حق الأولوية من آثار الملك، فمع زواله غاية الامر يشك فى ارتفاعه، فيستصحب بقائه.

و فيه: ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكليفى من قبيل جواز التصرف فيه و نحوه، و هو عير حق الأولوية، مع ان لازم كونه أثراً له

ارتفاعه بارتفاعه.

و بالجملة: حق الأولویة الذی هو اعتبار خاص لیس من آثار الملک.

الثالث: انه قد دل الدلیل علی ان الملک أحق بماله، فیستفاد من ذلک کون حق الأولویة من مقارنات الملک، و لو شک فی زواله بارتفاع الملک یستصحب ذلک.

و فیه: ان ما دل علیه الدلیل المزبور انما هو أولویة المالک بالتصرف فی ماله من

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۵۹

[...]

غیره، و هذا غیر ثبوت حق الأولویة.

الرابع: الإجماع.

و فیه: انه لیس تعبدیا، و لعل مستند المجمعین ما تقدم.

فالصحیح ان یستدل لثبوته بالسیرة العقلائیة و بناء العقلاء علی ذلک، و أظن انه لا ریب فی بنائهم علیه، و حیث لم یردع عنه الشارع فیستکشف إمضائه لذلک.

الجهة الثانیة: فی وجوب رده علی القول بعدم انتقاله الی الضامن.

أقول: بناءً علی ثبوت حق الأولویة لا- شک فی وجوبه، فانه کما یجب رد الملک یجب رد ما هو متعلق الحق، و لو شک فی وجوب متعلق الحق، فهل یجری استصحابه نظراً الی کون الملکیة من الجهات التعلیلیة لوجوب الرد لا التقییدیة فالموضوع عند العرف یکون باقیا، ام لا یجری لکونه من الجهات التقییدیة؟ وجهان: أظهرهما الأول.

و أما بناءً علی عدم ثبوته، فجریان الاستصحاب و عدمه مبنیان علی ما تقدم.

الجهة الثالثة: فی انه مع فرض ثبوت حق الأولویة هل یکون ذلک للمالک أو الضامن؟ و الأظهر هو الثانی لاقتضاء الغرامة ذلک، و لبناء العقلاء علیه. فالضامن أحق من غیره.

حکم الزیادة العینیة و ارتفاع القیمة السوقیة

المسألة الرابعة: فی حکم الزیادة العینیة و ارتفاع القیمة.

فعن العلامة ره و بعض آخر: ضمان المنافع، و رجّحه فی موضع من جامع المقاصد، و الظاهر ان المشهور بین الأصحاب العدم، و هو الأظهر. اما علی ما اخترناه

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۶۰

[...]

من صیرورة العین المتعذرة ملکاً للضامن فواضح، و اما علی المسلک الأخر فلانه قد خرج الضامن عن عهدة العین وادی مالیتها، فلیس له بعد أدائها عهدة العین الثابتة بعلی الید و غیره من ادلة الضمان، فلا شیء یقتضی الضمان.

نعم إذا وضع یده علیها ثانیا أو علی نمائها حصل الضمان.

و بالجملة: بعد خروج الضامن عن عهدة العین یکون حاله بالإضافة الی ذلک الملک حال غیره من الأجانب، و علیه فکون النماء حادثاً فی ملک المالک لا یقتضی ضمانه، کما ان الید السابقة التی خرج عن عهدتها لا تقتضی ذلک، فالأظهر عدم الضمان.

و استدل للقول الأخر: بان المال حیث یکون باقیا علی ملک مالکه و ارتفعت مالیته و قیمته، فالضامن کما یکون سببا للحیلولة بین المال و صاحبه، یکون سببا للحیلولة بین تلک الزیادة و المالک، و الغرامة المدفوعة تدارک للمالیة قبلا لا المالیة فعلا، فیجب تدارکها.

و فیه: ان هذه الحیلولة لیست حیلولة اخری بل بقاء لتلک الحیلولة، و المفروض انه خرج عن عهدتها.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۶۱

]...[

إذا ارتفع التعذر یجب رد العین

المسألة الخامسة: إذا ارتفع تعذر رد العین و صار ممکنا، فهل یجب ردها ام لا؟ وجهان. و قد استدل علی ذلک بوجوه:

الأول: ما فی المکاسب، و هو: ان مقتضی عموم علی الید ما أخذت المغیی بالأداء هو ذلک.

و فیه: انه ان قلنا بالملکیة- ای العین بدفع الغرامة تصیر ملکا للضامن- فلا موضوع لعلی الید، و ان قلنا ببقائها علی ملک المالک، فیرد علیه: انه علی الفرض- حیث خرج عن عهدة العین بدفع البدل و أداء المالیة- فلا وجه لعود مقتضی الید مع عدم وضع الید علیه ثانیا.

و دعوی ان العموم المزبور یدل علی تعهد الأخذ بالعین تدارکا وردا، و دفع الغرامة انما یکون تدارکا للمالیة، و انما یسقط وجوب الرد حین التعذر للعذر العقلی، و إذا ارتفع التعذر وجب علیه الرد لکونه من آثار تعهده به حین الأخذ کما افاده بعض مشایخنا المحققین، و لعله الی هذا یشیر قوله قده: و دفع البدل لأجل الحیلولة ... إلخ، مندفعة بان علی الید انما یدل علی کون المال المأخوذ فی العهدة ما لم یؤد، فإذا فرضنا کون دفع البدل أداء فلا وجه لوجوب الأداء ثانیاً. و بعبارة اخری: انما یجب دفع البدل من جهة کونه أداء، و معه لا وجه لوجوبه ثانیا. و ان شئت قلت: انه لا یدل علی وجوب الرد تکلیفا، و انما یدل علی الضمان خاصة.

الثانی: ما فی المکاسب ایضا، و هو: استصحاب وجوب الرد.

و فیه: انه ان أرید به استصحاب الوجوب التنجیزی، فیرد علیه: انه ارتفع

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۶۲

]...[

بالتعذر فلا وجه لاستصحابه، و ان أرید استصحاب الوجوب التعلیقی، فیرد علیه: ان التمکن لیس من قیود الطلب شرعا، بل هو شرط عقلی فی کل واجب، فلا- یکون الوجوب بسببه تعلیقیا. اللهم الا- ان یقال: انه اما ان نقول باشتراط کل تکلیف بالتمکن شرعا، فلا محالة یصیر الوجوب تعلیقیا، و لا مانع من استصحابه فی المقام علی القول بجریان الاستصحاب التعلیقی. و ان قلنا بانه شرط عقلی، بمعنی انه مع عدم التمکن لا یحکم العقل بلزوم متابعة المولی، و ان کان التکلیف باقیا شرعا فیستصحب الوجوب التنجیزی فی المقام.

و علیه فالحق ان یورد علی هذا الأصل: بانه مع الخروج عن عهده العین لا یجب ردها تکلیفا لاختصاص الادلة بصورة بقاء العهدة.

الثالث: ما افاده السید قده و المحقق النائینی ره، و حاصله ان البدلیة المفهومة من الادلة انما هی بدلیة ما دام التعذر و موقتة، فإذا ارفع التعذر یعود کما کان.

و فیه: انه فی موارد صدق التلف عرفا تکون الغرامة بدلا دائمیا بمقتضی إطلاق النصوص، و فی موارد بدل الحیلولة علی القول به مقتضی الادلة من علی الید و غیره کون دفع البدل فی حال التعذر أداء للعین و خروجا عن عهدتها لاما دام متعذراً. و بعبارة اخری: التعذر علة للحدوث لا ان البدلیة تدور مداره وجودا و عدما، و لو شک فی ذلک لکفی الاستصحاب فی بقاء البدلیة.

الرابع: الإجماع، و هو كما ترى، فالصحيح ان يستدل له ببناء العقلاء، بدعوى ان بناءهم على العود فى أمثال المقام مما يكون البدل لا من باب الإبراء عن الخصوصية أو المعاوضة الشرعية، بل تنازلا عن الخصوصية الشخصية، كان المتنازل هو المالك أو الشارع ولاية عليه. فتدبر فانه دقيق.

و بما ذكرناه يظهر وجه عود الغرامة الى الضامن بعد ارتفاع التعذر نعم يمكن

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۶۳

و إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن فالقول قول البائع ان كان باقيا، و قيل: ان كان فى يده، و قول المشترى ان كان تالفا، و قيل: ان كان فى يده.

ان يقال: ان بناء العقلاء فيها انما يكون مع مطالبة مالك العين، و اما بدونها و رضاء المالك بعدم رد العين لا بناء منهم على عود الغرامة، ففى الحقيقة يكون العود بالنسبة الى المالك باختياره، و بالنسبة الى الضامن لا باختياره بل باختيار المالك.

اختلاف المتبايعين فى قدر الثمن

مسألة: و إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن سواء كان فى الذمة أو معينا فى وجه ف ادعى البائع زيادته، و المشترى عدمها، كان القول قول البائع مع يمينه ان كان المبيع باقيا مطلقا على المشهور. و قيل و القائل الإسكافى ان كان المبيع فى يده اى فى يد البائع، و قول المشترى ان كان تالفا، و قيل: ان كان فى يده.

و هو مذهب الأكثر كما عن التذكرة و جامع المقاصد، و الأشهر كما عن الدروس، و فى الجواهر: على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عن ظاهر الغنية و كشف الرموز: دعوى الإجماع عليه، بل هو صريح الخلاف.

و فى المسألة اقوال أخر:

(۱) ان القول قول المشترى لو كان مصب الدعوى الزيادة و النقصان، و التحالف إذا كان مصب الدعوى ان العقد وقع على الأقل أو الأكثر.

(۲) التحالف مطلقا ثمّ الرجوع الى ثمن المثل.

(۳) انه لا بد من الرجوع الى القرعة.

و تنقيح القول فى المقام: ان مقتضى قواعد باب القضاء ان القول قول

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۶۴

[...]

المشترى، لان وقوع العقد على الأقل معلوم، اما فى ضمن الأكثر أو مستقلا، و وقوعه على الزائد مشكوك فيه يجرى فيه الأصل، و لا تعارضه أصالة عدم وقوع العقد على الأقل بخصوصه، لعدم ترتب الاثر عليها فلا تجرى. و تمام الكلام فى كتاب القضاء.

الا ان فى خصوص المسألة رواية تدل على ما ذهب إليه المشهور، و هى مرسلة البزنطى التى رواها المشايخ الثلاثة عن ابى عبد اللّه (عليه السلام) فى الرجل يبيع الشىء فيقول المشترى: هو بكذا و كذا، باقل مما قاله البائع، فقال: القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشىء قائما بعينه «۱». المنجبرة بما ذكرناه، بل عن إيضاح النافع: ان الرواية مقبولة عند اهل الحديث، و عن الكفاية: انها مشهورة و متكررة فى الكتب معمول بها بين الأصحاب، أضف إليه ان البزنطى من الذين اجمعوا على تصحيح ما يصح عنهم و عن عدة الشيخ:

ان البزنطی لا یروی الا عن ثقة.

و هی تدل علی ما نقلناه عن المشهور منطوقا و مفهوما خلافا لما تقتضیه قواعد باب القضاء.

و یعضدها فی الجملة صحیح عمر بن یزید عن ابیه عن الامام الصادق (علیه السلام)- فی حدیث- فان اختلفا فالقول قول رب السلعة أو یتتارکا «۲». الظاهر فی بقاء العین، و مع ذلک کله لا وجه للتعرض لما استدل به علی سائر الأقوال و نقده، و الحمد للّه أولا و آخراً.

---

(۱) الوسائل- باب ۱۱- من أبواب احکام العقود حدیث ۱.

(۲) الوسائل باب ۱۱- من أبواب احکام العقود حدیث ۲.

فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، ج۱۶، ص: ۴۶۵

]...[

الحمد للّه علی ما أنعم علینا بالنعم الجسام التی من أعظمها تحریر الکتب الفقهیة و نشرها، و منها هذا الکتاب و هو الجزء السادس عشر من کتابنا (فقه الصادق) و کان ختامه فی لیلة الأربعاء ۱۰ ذی القعدة الحرام سنة ۱۳۸۰ بید مؤلفه الأحقر محمد صادق الحسینی الروحانی القمی عفی عنه، و یتلوه الجزء السابع عشر فی الخیارات ان شاء اللّه تعالی.

تعریف مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنَا... یَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ کَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلاّمة فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله "الشمس آباذی" – "رَحِمَهُ اللهُ" – کان أحداً من جَهابذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَعَفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لَم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثَقافة الثَّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلی التَّحَرِّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلاّب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثـّلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی" القائميّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ أُخـَرَ

ه) إنتاج المُنتـَجات العرضيّة، الخـَطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع" ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلة السَّنَة

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع"مسجد سيّد/ "ما بينَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بناية"القائميّة"

تاريخ التأسيس: ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ۲۳۷۳

الهويّة الوطنيّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاكس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مكتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِّجاريّة و المَبيعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمين ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شـَعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتـُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا تـُوافِی الحجمَ المتزايد و المتّسعَ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثّقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّى بالقائميّة) و مع ذلك، يرجو مِن جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فَرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمكّن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فی هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفيق.